

A N U A R I O
D E L A
C O M P E T E N C I A
2 0 1 5



fundación



El **Anuario de la Competencia 2015** forma parte de una colección iniciada en el año 1996 y que tiene su continuidad en los años posteriores (1997-2014).

El **Anuario de la Competencia** cumple esencialmente dos objetivos: promover el debate y la reflexión sobre la competencia, tanto desde una vertiente económica como jurídica, y servir a todos los que por distintos motivos se acercan a la libre competencia como fuente de información periódica y actualizada.

Para la consecución de estos objetivos, el **Anuario** recoge aportaciones de destacados especialistas que analizan cuestiones importantes para el desarrollo de la competencia que han sido relevantes en el año 2015 y comentarios de casos concretos dictados en este año.

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
2015

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
2015

ANUARIO
DE LA COMPETENCIA
2015

CONTENIDO

Presentación	1
Introducción	3
1. Marco teórico	5
2. Metodología	15
3. Resultados	25
4. Conclusiones	45
5. Anexos	55
6. Bibliografía	65
7. Índice de autores	75
8. Índice de materias	85
9. Índice de palabras clave	95
10. Índice de figuras y tablas	105
11. Índice de referencias	115
12. Índice de citas	125
13. Índice de palabras clave	135
14. Índice de figuras y tablas	145
15. Índice de referencias	155
16. Índice de citas	165
17. Índice de palabras clave	175
18. Índice de figuras y tablas	185
19. Índice de referencias	195
20. Índice de citas	205
21. Índice de palabras clave	215
22. Índice de figuras y tablas	225
23. Índice de referencias	235
24. Índice de citas	245
25. Índice de palabras clave	255
26. Índice de figuras y tablas	265
27. Índice de referencias	275
28. Índice de citas	285
29. Índice de palabras clave	295
30. Índice de figuras y tablas	305
31. Índice de referencias	315
32. Índice de citas	325
33. Índice de palabras clave	335
34. Índice de figuras y tablas	345
35. Índice de referencias	355
36. Índice de citas	365
37. Índice de palabras clave	375
38. Índice de figuras y tablas	385
39. Índice de referencias	395
40. Índice de citas	405
41. Índice de palabras clave	415
42. Índice de figuras y tablas	425
43. Índice de referencias	435
44. Índice de citas	445
45. Índice de palabras clave	455
46. Índice de figuras y tablas	465
47. Índice de referencias	475
48. Índice de citas	485
49. Índice de palabras clave	495
50. Índice de figuras y tablas	505
51. Índice de referencias	515
52. Índice de citas	525
53. Índice de palabras clave	535
54. Índice de figuras y tablas	545
55. Índice de referencias	555
56. Índice de citas	565
57. Índice de palabras clave	575
58. Índice de figuras y tablas	585
59. Índice de referencias	595
60. Índice de citas	605
61. Índice de palabras clave	615
62. Índice de figuras y tablas	625
63. Índice de referencias	635
64. Índice de citas	645
65. Índice de palabras clave	655
66. Índice de figuras y tablas	665
67. Índice de referencias	675
68. Índice de citas	685
69. Índice de palabras clave	695
70. Índice de figuras y tablas	705
71. Índice de referencias	715
72. Índice de citas	725
73. Índice de palabras clave	735
74. Índice de figuras y tablas	745
75. Índice de referencias	755
76. Índice de citas	765
77. Índice de palabras clave	775
78. Índice de figuras y tablas	785
79. Índice de referencias	795
80. Índice de citas	805
81. Índice de palabras clave	815
82. Índice de figuras y tablas	825
83. Índice de referencias	835
84. Índice de citas	845
85. Índice de palabras clave	855
86. Índice de figuras y tablas	865
87. Índice de referencias	875
88. Índice de citas	885
89. Índice de palabras clave	895
90. Índice de figuras y tablas	905
91. Índice de referencias	915
92. Índice de citas	925
93. Índice de palabras clave	935
94. Índice de figuras y tablas	945
95. Índice de referencias	955
96. Índice de citas	965
97. Índice de palabras clave	975
98. Índice de figuras y tablas	985
99. Índice de referencias	995
100. Índice de citas	1005

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2015

Dirección

Lluís CASES

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona*

Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

Colaboran en el Anuario de la Competencia 2015

María ÁLVAREZ SAN JOSÉ

Doctora en Derecho

*Cuerpo Superior Administradores Civiles del Estado
Jefe de Área, Asesoría Jurídica CNMC*

Sergio BACHES OPI

Socio de Broseta (Director del Área de Competencia)

Doctor en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra

Luis BERENGUER FUSTER

Senior Advisor de Broseta

Expresidente de la Comisión Nacional de la Competencia

Joan-Ramon BORRELL

*Departamento de Política Económica - Institut d'Economia
Aplicada (IREA) - Grup de Govern i Mercats (GiM)
Universitat de Barcelona*

Pedro BRUFAU CUIEL

*Profesor de Derecho Administrativo Económico
y de la Competencia
Universidad de Extremadura*

Diego CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ

Secretaría del Consejo

Asesoría jurídica. CNMC

Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE

Doctora en Derecho Mercantil.

*Subdirectora Adjunta de Industria y Energía
de la Dirección de Competencia de la CNMC*

Carla COHÍ ANCHÍA

*Subdirección de Industria y Energía de la Dirección
de Competencia de la CNMC*

Fernando DíEZ ESTELLA

Profesor de Derecho Mercantil del Centro U. Villanueva

António FREITAS

NERA Economic Consulting, Madrid y Bruselas

Miguel María GARCÍA CABA

*Universidad San Pablo-CEU
Liga Nacional de Fútbol Profesional*

Sergio GARCÍA DE FRUTOS

NERA Economic Consulting, Madrid y Bruselas

Javier GARCÍA-VERDUGO

*CNMC y Profesor Titular de Economía Aplicada
de la UNED*

Beatriz DE GUINDOS TALAVERA

*Directora Ejecutiva Alterna de España en el Grupo Banco
Mundial*

Juan Luis JIMÉNEZ

*Facultad de Economía, Empresa y Turismo
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*

Marianela LÓPEZ GALDÓS

*Investigadora Principal del Centro de Competencia
de la Universidad George Washington y Consultora legal
del Grupo Banco Interamericano para el Desarrollo*

Isabel LÓPEZ SANZ

*Inspector de competencia
Coordinador de la ECN en la Dirección de Competencia
de la CNMC*

Vanesa MARTÍ MOYA

*Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil.
Universidad de Valencia.
LL. M. Collège d'Europe, Brujas*

María Flora MARTÍN MORAL

*Profesora Ayudante Doctora de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid*

José Manuel ORDÓÑEZ DE HARO

*Departamento de Teoría e Historia Económica
Cátedra de Política de Competencia, Universidad de Málaga*

Carlos PADRÓS REIG

*Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho
administrativo
Universitat Autònoma de Barcelona
Letrado del Tribunal Constitucional*

Mario Antonio PÉREZ MOLINA

*Doctor en Derecho y colaborador del Área de Derecho
Mercantil
Universidad de Córdoba*

Jaime PINGARRÓN YAÑEZ-SEDEÑO

*Área de Competition Economics (Forensic) de KPMG
Asesores*

Pedro POSADA PRO

NERA Economic Consulting, Madrid y Bruselas

José Daniel VARGAS ROZO

*Área de Competition Economics (Forensic) de KPMG
Asesores*

SUMARIO

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2015

PRIMERA PARTE. INTRODUCCIÓN

Competencia en los Organismos Administrativos de Derecho del Estado y en los
poderes judiciales (España) / *Antonio López* y *Manuel López*
CARRIÓN

DIRECCIÓN

LLUÍS CASES

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad Autónoma de Barcelona

Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

La edición de las cuestiones de derecho de la competencia según
la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la aplicación por la Comisión
Nacional de las Medidas y la Competencia (Los Tribunales Económicos
y Fiscales de primer grado)

El control de las cuestiones de derecho de la competencia según
la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la aplicación por la Comisión
Nacional de las Medidas y la Competencia (Los Tribunales Económicos
y Fiscales de primer grado)

La responsabilidad personal de los administradores de las sociedades
de la economía mixta (España) / *Manuel López Carrión*
y *Antonio López Carrión*

El control de las cuestiones de derecho de la competencia según
la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la aplicación por la Comisión
Nacional de las Medidas y la Competencia (Los Tribunales Económicos
y Fiscales de primer grado)

El control de las cuestiones de derecho de la competencia según
la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la aplicación por la Comisión
Nacional de las Medidas y la Competencia (Los Tribunales Económicos
y Fiscales de primer grado)

FUNDACIÓN ICO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2015

ANUARIO DE LA COMPETENCIA
2015

ANUARIO

DE LA COMPETENCIA

2015

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Fundación ICO
© MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es

ISBN: 978-84-9123-012-0

Depósito legal: M. 5.735-1998

Diseño de la cubierta: ene estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: ELECE, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.

Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)
MADRID, 2015



SUMARIO

	Pág.
Presentación	9
PRIMERA PARTE. ESTUDIOS	
Competencia en los Organismos Multilaterales de Desarrollo: una perspectiva holística (Beatriz DE GUINDOS TALAVERA y Marianela LÓPEZ GALDÓS)	13
Orígenes, evolución y perspectivas de la lucha contra los cárteles en la Unión Europea (José Manuel ORDÓÑEZ DE HARO, Joan-Ramon BORRELL y Juan Luis JIMÉNEZ)	45
El cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia según la jurisprudencia del Tribunal Supremo y su aplicación por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (Luis BERENGUER FUSTER y Sergio BACHES OPI)	73
Derecho sancionador y analepsis normativa. La nueva jurisprudencia del TS sobre el cálculo de las sanciones en materia de prácticas restrictivas de la competencia (Carlos PADRÓS REIG)	111
Responsabilidad personal de directivos partícipes en infracciones del Derecho de la competencia: incentivo añadido al cumplimiento (María ÁLVAREZ SAN JOSÉ)	161
Rescatando la definición del mercado relevante en los casos de conductas colusorias (José Daniel VARGAS ROZO y Jaime PINGARRÓN YÁÑEZ-SEDEÑO)	185
The object of my effect: the role of economics in restrictions «by object» (Pedro POSADA y António FREITAS)	219
Diez años del Reglamento 1/2003 (Isabel LÓPEZ SANZ)	235
El Derecho de la competencia ante el nuevo régimen jurídico aplicable a la comercialización de los derechos audiovisuales de las competiciones profesionales futbolísticas. Situación actual y perspectivas de futuro (Miguel María GARCÍA CABA)	259

	Pág.
El criterio de la eficiencia económica (<i>efficiency defence</i>) en el ámbito del control de concentraciones en la Unión Europea (Mario Antonio PÉREZ MOLINA).....	307
Las <i>Guidelines</i> del Bundeskartellmat como referencia para las multas de la CNMC tras la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 (Fernando Díez ESTELLA y Javier GARCÍA-VERDUGO).....	341
La relación entre las autoridades de competencia y nuestros órganos jurisdiccionales (María Flora MARTÍN MORAL)	363
Los Programas de Cumplimiento en relación con la Normativa de Defensa de la Competencia: en beneficio de todos (Carla COHÍ ANCHÍA).....	379
Déficit de justicia cautelar en Derecho español y europeo de la competencia (Vanessa MARTÍ MOYA y Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE)	395
La transposición de la <i>Directiva de daños</i> de 2014 y la interacción entre aplicación pública y aplicación privada del Derecho de la Competencia (Diego CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ)	421
Las garantías de las empresas ante las inspecciones domiciliarias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia: análisis de la reciente jurisprudencia de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo (Pedro BRUFAU CURIEL)	447

SEGUNDA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

1. Unión Europea	473
2. Europa no comunitaria	475
3. América	475
4. Asia y Australia	476
5. África.....	477
6. Organizaciones internacionales.....	477
7. Otras direcciones de interés	478

PRESENTACIÓN

Podemos afirmar que hoy en día, el Anuario de la Competencia, tras casi dos décadas de recorrido, es una obra de referencia. Se trata de uno de los proyectos más consolidados de la Fundación ICO y plenamente conocido por todas aquellas personas interesadas en materias relacionadas con la economía y el Derecho de la competencia. La Fundación ICO colabora en la publicación de esta obra ininterrumpidamente desde su inicio en 1996, cuando los estudios relacionados con este campo eran poco frecuentes y escaso el número de profesionales dedicados a esta especialidad. El objetivo perseguido con su publicación ha sido y es promover el debate y la reflexión sobre la competencia tanto desde una vertiente económica como jurídica. También servir como fuente de información dinámica y actual y de consulta práctica de gran ayuda para los interesados.

Como cada año, el Anuario de 2015 da cuenta de las principales novedades acaecidas en el ejercicio, todo ello en las secciones ya habituales: estudios de especialistas, legislación y jurisprudencia (incluyendo comentarios a las resoluciones y sentencias del ejercicio) y novedades normativas, analizados desde un punto de vista nacional e internacional. En los últimos años se ha añadido una nueva sección con direcciones de internet relacionadas con la defensa de la competencia de gran utilidad para el lector que desea complementar o profundizar sobre los temas tratados en esta publicación.

Esta nueva edición aborda con profundidad temas de indudable interés para cualquier lector interesado en esta materia, cuestiones tan de actualidad y variedad geográfica como el papel que desempeñan los Organismos Multilaterales de Desarrollo en la promoción y fomento de la competencia que, como principio rector de toda economía de mercado, representa un elemento básico, aunque no el único, para el desarrollo económico. También se analizan los mecanismos puestos en práctica en la Unión Europea para luchar contra los cárteles; o los beneficios, pero también las carencias, del Reglamento 1/2003 a través de un análisis histórico. Dicho Reglamento, como es de sobra conocido, introdujo una modificación radical del sistema de aplicación de las normas de competencia en la Unión Europea ya que, desde entonces, la Comisión, juntamente con las autoridades nacionales, aplica directamente la normativa europea para garantizar que, al competir las empresas según sus méritos y en condiciones justas y equita-

tivas, los mercados funcionen mejor, lo que beneficia a los consumidores, a las propias empresas y al conjunto de la economía europea.

Asimismo, analiza otros temas de carácter nacional desde distintos enfoques, todos ellos de gran interés, ya sea jurisprudencial o estudios monográficos sobre cuestiones de actualidad. Podemos destacar, entre otros, la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el cálculo de las sanciones en materia de prácticas restrictivas, o el cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia.

Como estudio y análisis, incluye cuestiones tan interesantes y variadas como las relativas a la responsabilidad personal de directivos partícipes en infracciones del Derecho de la competencia; el Derecho de la competencia ante el nuevo régimen jurídico aplicable a la comercialización de los derechos audiovisuales de las competiciones profesionales futbolísticas; o la relación entre las autoridades de competencia y nuestros órganos jurisdiccionales, entre otras.

No quisiera dejar de agradecer un año más a todos los profesionales que han participado en la elaboración de esta obra su análisis exhaustivo y certero de cada una de las cuestiones abordadas. Los especialistas que han colaborado año tras año en esta obra, magníficamente dirigidos por Lluís CASES, constituyen por sí mismos una garantía de rigor y seriedad de su contenido y, por tanto, contribuyen a mantener la calidad y prestigio de esta publicación.

Fundación ICO

COMPETENCIA EN LAS POLÍTICAS MULTILATERALES DE DESARROLLO UNA PERSPECTIVA ESTADÍSTICA*

Escritas por **Guillermo TALAVERA**

Director General, Oficina de Estudios y Estadística, Banco Mundial

Marta María López Cuevas

Investigadora Principal del Centro de Estudios de la Universidad Estero, Washington y miembro regular del Grupo de Estudios Estadísticos para el Desarrollo

1. INTRODUCCIÓN

El 2005 marcó un hito para la Comunidad Internacional¹ al dedicarse a trabajar por el desarrollo económico de los países, con dos grandes eventos que marcaron los agendas para los próximos años: la cumbre de los líderes mundiales y la cumbre de los ministros de Economía en la cumbre del G20. Tras el éxito de los líderes mundiales del Milenio, la cumbre del G20 en Washington fue un hito al apoyar de los gobiernos, las organizaciones internacionales y los grupos de la sociedad civil de todo el mundo para continuar la política económica y la social en 2005. Se ha alcanzado un acuerdo en el marco de la Conferencia Mundial sobre el Desarrollo y el Empleo en el Tercer Milenio que establece una agenda

* El artículo es una versión revisada de un artículo publicado en el *Journal of Economic Surveys* de la Universidad de California en Berkeley, vol. 19, no. 3, 2005. El artículo original fue publicado en el *Journal of Economic Surveys* de la Universidad de California en Berkeley, vol. 19, no. 3, 2005. El artículo original fue publicado en el *Journal of Economic Surveys* de la Universidad de California en Berkeley, vol. 19, no. 3, 2005.

El artículo es una versión revisada de un artículo publicado en el *Journal of Economic Surveys* de la Universidad de California en Berkeley, vol. 19, no. 3, 2005. El artículo original fue publicado en el *Journal of Economic Surveys* de la Universidad de California en Berkeley, vol. 19, no. 3, 2005. El artículo original fue publicado en el *Journal of Economic Surveys* de la Universidad de California en Berkeley, vol. 19, no. 3, 2005.

El artículo es una versión revisada de un artículo publicado en el *Journal of Economic Surveys* de la Universidad de California en Berkeley, vol. 19, no. 3, 2005. El artículo original fue publicado en el *Journal of Economic Surveys* de la Universidad de California en Berkeley, vol. 19, no. 3, 2005. El artículo original fue publicado en el *Journal of Economic Surveys* de la Universidad de California en Berkeley, vol. 19, no. 3, 2005.

COMPETENCIA EN LOS ORGANISMOS MULTILATERALES DE DESARROLLO: UNA PERSPECTIVA HOLÍSTICA*

Beatriz DE GUINDOS TALAVERA

Directora Ejecutiva Alternativa de España en el Grupo Banco Mundial

Marianela LÓPEZ GALDÓS

Investigadora Principal del Centro de Competencia de la Universidad George Washington
y consultora legal del Grupo Banco Interamericano para el Desarrollo

1. INTRODUCCIÓN

2015 marcará un hito para la Comunidad Internacional¹ dedicada a luchar por el desarrollo económico de los países, con dos grandes eventos que guiarán las agendas para los próximos quince años de todas las organizaciones e instituciones involucradas en la materia. Tras el éxito de los Objetivos del Milenio adoptados en el año 2000 por Naciones Unidas con el apoyo de los gobiernos, las organizaciones internacionales y los grupos de la sociedad civil de todo el mundo para reducir la pobreza extrema a la mitad en 2015², se ha alcanzado un acuerdo en el seno de Naciones Unidas coincidiendo con la celebración de su 70 aniversario, para adoptar un nuevo

* El análisis y opiniones incluidos en este artículo no representan la posición oficial de ninguna de las instituciones ni de los organismos pertenecientes a los Grupos Corporativos para los que las autoras trabajan. Los eventuales errores y opiniones que en el artículo puedan existir son responsabilidad única de las autoras.

¹ Entendemos como Comunidad Internacional en este contexto a los jefes de Estado y de Gobierno reunidos en el seno de la Asamblea de Naciones Unidas del pasado 25-27 de septiembre junto a los máximos representantes de los seis grandes Bancos Internacionales de Desarrollo (Banco Mundial, Banco Africano de Desarrollo, Banco Asiático de Desarrollo, Banco Interamericano para el Desarrollo, Banco Europeo de Reconstrucción y Desarrollo y Banco Europeo de Inversiones) y el Fondo Monetario Internacional.

² Los Objetivos de Desarrollo del Milenio han ayudado a que más de mil millones de personas escapen de la pobreza extrema, a combatir el hambre, a facilitar que más niñas que nunca asistan a la escuela y a proteger nuestro planeta. Concretamente, la cantidad de personas que viven en pobreza extrema se ha reducido en más de la mitad, cayendo de 1.900 millones en 1990 a 836 millones en 2015. La mayor parte del progreso ha ocurrido desde el año 2000. A pesar de los logros, sigue quedando un largo camino que recorrer, con una concentración alta de la pobreza extrema en determinados, grandes desigualdades entre zonas rurales y urbanas y un progreso aún muy limitado en algunos objetivos como el de la mejora de la salud materna.

conjunto de objetivos, los denominados Objetivos de Desarrollo Sostenibles³ (Sustainable Development Goals o SDG por sus siglas en inglés). Se trata de una agenda muy ambiciosa con 17 objetivos y 169 metas de carácter universal, que engloban las prioridades en materia económica, social y medioambiental para el desarrollo de los países. Un elemento especialmente novedoso de esta nueva estrategia para el desarrollo sostenible es el papel tan relevante que se le otorga al sector privado y más concretamente a la contribución que este puede hacer al desarrollo tanto en términos de movilización de recursos para el desarrollo como de impacto en las propias economías de los países menos avanzados.

Esta nueva agenda surge en un contexto de gran preocupación por la existencia aún de millones de ciudadanos en condiciones de pobreza extrema, y creciente desigualdad tanto entre países como dentro de cada país. Es por ello, que la Comunidad Internacional ha llamado al esfuerzo colectivo de todos los agentes e instituciones para perseguir conjuntamente el desarrollo global a través de una cooperación mutuamente beneficiosa para todos⁴.

Ante estos nuevos desafíos para el desarrollo, que ponen particular énfasis en el desarrollo del sector privado, la política de competencia y sus principios cobran un papel fundamental. En este sentido, existe claro consenso sobre el papel de la política de competencia en las economías desarrolladas como un instrumento eficaz para lograr un funcionamiento competitivo de los mercados y asegurar a los consumidores bienes y servicios de calidad a precios competitivos⁵.

La evidencia empírica existente en economías más desarrolladas demuestra que la implementación de una política de competencia eficaz resulta esencial para facilitar la apertura de los mercados, garantizar el correcto funcionamiento de los mismos, y mejorar el bienestar de los consumidores. Por ejemplo, en Australia se estima que durante la década de 1990, las reformas de la política de competencia impulsaron el producto interior bruto en al menos un 2,5 por 100, debido a su efecto sobre la productividad y la reducción de los precios⁶. Del mismo modo, se estima que en el Reino

³ Los nuevos Objetivos y sus metas serán efectivos a partir de enero de 2016 y guiarán la agenda del desarrollo de los próximos quince años (la Agenda 2030).

⁴ Todos los jefes de Estado, gobernadores e Instituciones reunidas en el seno de Naciones Unidas se han comprometido a trabajar en la implementación de esta agenda en sus respectivos países y a nivel global y regional, teniendo en cuenta las distintas realidades nacionales, capacidades y niveles de desarrollo y respetando las políticas y prioridades nacionales en cada caso.

⁵ Existe abundante evidencia económica sobre el mayor crecimiento de la productividad en aquellas industrias que gozan de mayores niveles de competencia. Los estudios empíricos han alcanzado esta conclusión desde muchas perspectivas, tanto sectorialmente como por empresa, y la relación causal no se limita únicamente al mundo desarrollado sino también, como es lógico, a los países en desarrollo. Por el contrario, la existencia de barreras regulatorias ineficientes y la ausencia de una adecuada política de competencia que perpetúe estructuras de mercado ineficientes y desincentive la entrada del sector privado suponen un obstáculo adicional para los países en desarrollo, pues limitan los recursos disponibles y alargan el camino hacia la consecución de los objetivos de erradicación de pobreza y, muy especialmente, de igualdad y prosperidad compartida.

⁶ Véase el informe Himler disponible en el siguiente vínculo <http://nccp.ncc.gov.au/docs/Himler-001.pdf>.

Unido el ahorro para los consumidores directos resultantes de la aplicación del Derecho de competencia se eleva aproximadamente a 112 millones de dólares al año⁷.

Pero si la política de competencia como herramienta para el crecimiento económico resulta fundamental en las economías de países desarrollados, lo es aún más en el caso de países en desarrollo en los que la participación del sector privado suele ser menor y a menudo se encuentra con fuertes desincentivos a su entrada y desarrollo en estos mercados. Sin embargo, se da la paradoja de que es precisamente en estas economías con menos recursos y mayores retos donde deviene imprescindible un sector privado fuerte y solvente para lograr el tan necesario desarrollo económico de estos países. La movilización de recursos privados supone más empleo, más innovación, más oportunidades y, en definitiva, una fuente de financiación al desarrollo que se materializa en infraestructuras, tejido empresarial y mayor productividad industrial.

Al mismo tiempo, en un contexto de recursos financieros escasos, el uso eficiente de los mismos se ha convertido en un elemento muy relevante. Si bien el discurso principal en este sentido se ha centrado en la lucha contra los flujos ilícitos de capital, no cabe duda de que la pérdida de recursos domésticos en forma de precios no competitivos en bienes y servicios básicos formará también parte de diálogo con los gobiernos sobre la agenda de desarrollo. Bajo este escenario, los principios clásicos de las políticas de competencia y la creación y refuerzo de los sistemas de competencia, deberían eruirse como pilares fundamentales de la nueva agenda de desarrollo en materia de atracción del sector privado en los países menos avanzados.

Incluso durante la presidencia australiana del G-20 en 2014 ya incorporó como una de sus cuatro prioridades la política de competencia⁸. Y es que, en definitiva, la Comunidad Internacional es más consciente que nunca de la contribución que el sector privado puede hacer a las economías en desarrollo. Es por ello que los entornos facilitadores («*enabling environments*») de la atracción de recursos privados pasan a un primer plano como área prioritaria de los gobiernos y de las numerosas instituciones financieras multilaterales que luchan contra la pobreza extrema y la desigualdad en los países en desarrollo, en un intento de asegurar la contribución de la financiación privada a la consecución de estos fines.

Los Organismos Multilaterales de Desarrollo (en adelante, las Multilaterales o MDBs por sus siglas en inglés), como parte de la Comunidad Internacional, no son ajenos a la importancia que la competencia cobra en

⁷ UK Office of Fair Trading, Paper 1251, «Positive Impact 09/10: Consumer Benefits from Competition Enforcement, Merger Control and Scam Busting», London, 2010.

⁸ La Presidencia Australiana del G-20 durante el año 2014 marcó entre sus objetivos lograr un crecimiento más robusto y sostenible. En su estrategia para relanzar el crecimiento, se acordaron una serie de prioridades en materia de reformas macroeconómicas y estructurales. Es en estas últimas en las que se destaca, entre otros, el papel de la política de competencia para lograr cerrar los output gaps y contribuir a reequilibrar el crecimiento, http://www.g20australia.org/sites/default/files/g20_resources/library/Policy%20Note%20Strategies%20for%20Economic%20Growth.pdf.

el nuevo contexto del desarrollo. Así, actuaciones encaminadas al análisis regulatorio y diseño de políticas e instituciones (*policy*) constituyen el elemento fundamental en materia de competencia en estas instituciones, como se verá más adelante. Sin embargo, existen al menos dos elementos adicionales que deben complementar el anterior: el intercambio de conocimiento y mejores prácticas a nivel global entre países desarrollados y en desarrollo (actividades de *knowledge sharing*) y la detección, investigación y sanción de prácticas anticompetitivas relacionadas con la implementación de los propios proyectos de estas instituciones como parte de sus obligaciones fiduciarias para asegurar un uso eficiente de los recursos de estos organismos (que forman parte del conjunto actividades de *integrity*).

En relación a las actividades para promocionar los beneficios de la competencia y favorecer el intercambio de mejores prácticas en esta materia, los organismos multilaterales están presentes en numerosos foros internacionales (como es el caso del Banco Mundial en la ICN y la OECD) y llevan a cabo iniciativas conjuntas para promover el intercambio de conocimiento en un mundo cada vez más globalizado⁹.

En lo que respecta a las actividades de lucha contra conductas anticompetitivas, existen unidades específicas dentro de los organismos multilaterales dedicadas a la supervisión, detección, investigación y sanción de conductas anticompetitivas en el desempeño de sus funciones. Los esfuerzos de estas unidades, habitualmente conocidas como Unidades o Departamentos de Integridad, se concentran en la detección de casos de corrupción en sentido amplio, incluyendo casos de colusión en la ejecución de sus proyectos, abarcando desde la licitación de los mismos hasta su implementación completa. No solo existe un marco sancionador en cada una de estas instituciones para velar por el uso eficiente de sus recursos en los proyectos y operaciones financiadas, sino que existe además un marco uniforme adoptado de común acuerdo para el intercambio de información y el reconocimiento mutuo de las decisiones e inhabilitaciones, incrementando exponencialmente con ello el elemento disuasorio de este instrumento, como se verá posteriormente.

Con ánimo de profundizar en las ideas señaladas a modo de introducción, este artículo repasa el papel que desempeñan los organismos multilaterales de desarrollo en la consecución de los Objetivos Sostenibles de Desarrollo desde la perspectiva de las políticas de competencia. Dicho análisis se realiza desde una triple vertiente, resaltando las oportunidades existentes para la Comunidad Internacional y la Comunidad de Competencia en este ámbito. Por una parte, el análisis incluye una revisión de los instrumentos financieros con los que cuentan los MDBs, y cómo a través de los mismos se contribuye al fortalecimiento de los sistemas de competencia en países

⁹ El Banco Mundial organizó conjuntamente con la ICN en 2014 el «Competition Advocacy Contest», premiando iniciativas encaminadas a promover la competencia en países como Chile, Colombia, Egipto y Pakistán. Asimismo, en junio de 2015 se celebró la conferencia «*Promoting Effective Competition Policies for Shared Prosperity and Inclusive Growth*» en la sede del Banco Mundial en colaboración con la OCDE para profundizar en los vínculos entre competencia, crecimiento y prosperidad compartida.

en desarrollo. Además, el estudio incluye una sección sobre los sistemas de sanciones de estos MDBs haciendo hincapié en su lucha contra la colusión en los proyectos financiados por los mismos. Finalmente, el artículo incluye una sección sobre el papel que juegan los MDBs como fuente de información, intercambio de conocimiento y mejores prácticas que puede ser mutuamente beneficiosa para todos los agentes involucrados en el diseño y aplicación de la política de competencia a nivel global.

2. LOS ORGANISMOS MULTILATERALES Y EL FORTALECIMIENTO DE LOS SISTEMAS DE COMPETENCIA

A. AGENDA 2030 Y ESTRATEGIA DE LOS MDBS

Las Multilaterales centran su estrategia en la erradicación de la pobreza, aportando financiación propia y movilizándolo recursos de otras agencias de cooperación y donantes para la consecución de este fin en sus respectivas áreas (globales o regionales) de operación.

Para llevar a cabo su misión, los MDBs cuentan con numerosos instrumentos que ofrecen la flexibilidad suficiente para poder adaptarse a las necesidades de los países en vías de desarrollo. La política de competencia, en las distintas vertientes descritas (*policy, knowledge sharing and integrity*), ha venido aplicándose por los MDBs desde hace mucho tiempo, pero existe una creciente importancia de actuaciones en esta materia reforzada por la nueva Agenda 2030.

Para poder comprender en mayor profundidad la dinámica entre los MDBs y los países en desarrollo desde un punto de vista de competencia, es necesario primero contextualizar dicha interacción en la agenda de desarrollo de estas Multilaterales, la llamada Agenda 2030.

En anticipación a la aprobación de los Objetivos Sostenibles de Desarrollo, en las Asambleas de Primavera del Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial celebradas el pasado 17-19 de abril de 2015¹⁰, se hizo especial hincapié en la necesidad de pasar de «billones» a «trillones» en financiación, debiendo, para ello, movilizar recursos nacionales (tanto públicos como privados) favoreciendo la colaboración y coordinación entre las distintas instituciones y agencias de cooperación. Este mismo mensaje caló en la III Conferencia sobre Financiación al Desarrollo celebrada en Addis Ababa en julio de 2015¹¹. En el contexto actual, y tras una severa

¹⁰ Durante estas Asambleas de Primavera, el Comité de Desarrollo que reúne a los gobernadores de los países miembros del Banco Mundial y Fondo Monetario Internacional, debatió sobre la importancia de reforzar la cooperación entre todas las Instituciones Financieras Internacionales en un año crítico para el desarrollo por el conjunto de reuniones de alto nivel que se celebraron en 2015 para fijar la nueva agenda de desarrollo de los próximos quince años.

¹¹ Tras la Tercera Conferencia Internacional sobre Financiación para el Desarrollo, se adoptó el 16 de julio la Agenda de Addis Abeba, que ofrece un nuevo marco global conseguir los fondos que

recesión en el mundo desarrollado, la Ayuda Oficial al Desarrollo deviene insuficiente como único instrumento de lucha contra la pobreza, debiendo movilizar nuevos recursos públicos y, muy especialmente, privados¹², y aportando soluciones innovadoras para la financiación del desarrollo.

A lo largo del tiempo, la estrategia e instrumentos de los MDBs han ido evolucionando hacia metas más concretas. Así, el Banco Mundial adoptó en 2013 los llamados «*twin goals*», que señala los dos objetivos que deben perseguir todas las actuaciones que lleve a cabo la institución: i) erradicar la pobreza extrema en 2030, entendiendo por pobreza extrema la sociedad que vive con menos de 1,25 dólares diarios, y ii) lograr una prosperidad compartida a través de un mayor crecimiento de la renta del 40 por 100 más pobre de la sociedad en cada país en el que opera¹³.

A nivel regional, los MDBs adoptan sus estrategias institucionales, con el consenso de los accionistas, con el fin de destinar sus esfuerzos a satisfacer las necesidades concretas de cada región. De este modo, por ejemplo, la estrategia institucional actualizada del Banco Interamericano para el Desarrollo (BID) tiene como hoja de ruta tres principales desafíos que debe afrontar la región de América Latina y el Caribe, a saber: i) la exclusión social y la desigualdad; ii) los bajos niveles de productividad e innovación, y iii) la integración económica rezagada¹⁴.

Así, cabe esperar que las Multilaterales pasen a desempeñar un papel cada vez más relevante como catalizadores de la inversión privada desde distintos frentes. Por una parte, reforzando las actividades propias de la rama privada de estas instituciones mediante aportaciones de financiación o de capital para el desarrollo del sector privado y la movilización de recursos. Se estima que por cada dólar invertido por las Multilaterales en operaciones en el sector privado se movilizan entre dos y cinco dólares adicionales en inversión privada, lo que añade entre 40.000 y 100.000 millones de dólares adicionales de financiación para el desarrollo¹⁵. Por otra parte, las Multilaterales deben trabajar con los gobiernos de los países clientes en la creación de un entorno favorable para la atracción del sector privado y un funcionamiento competitivo de los mercados que favorezca la entrada de operadores eficientes.

Es en esta segunda vertiente de la actuación reforzada de las Multilaterales, en la que cobran especial relevancia las actuaciones en materia de

impulsen el desarrollo sostenible. Concretamente, provee incentivos para la inversión en áreas de necesidad global y alinea las prioridades económicas, sociales y ambientales con los flujos de financiación y las políticas en esa materia, traspasando las aspiraciones a un plano más práctico para lograr los objetivos en materia de desarrollo.

¹² En efecto, los 17 Objetivos Sostenibles de Desarrollo hacen numerosas referencias al papel que juega el sector privado en la nueva agenda de desarrollo, pudiendo destacarse su contribución en materia de empleo y financiación (dentro del objetivo núm. 8), igualdad y regulación eficiente (dentro del objetivo núm. 10) o consumo sostenible (dentro del objetivo núm. 12), entre otros.

¹³ <http://www.worldbank.org/en/about/what-we-do>.

¹⁴ <http://www.iadb.org/en/about-us/strategies,6185.html>.

¹⁵ [http://siteresources.worldbank.org/DEVCOMMINT/Documentation/23659446/DC2015-0002\(E\)FinancingforDevelopment.pdf](http://siteresources.worldbank.org/DEVCOMMINT/Documentation/23659446/DC2015-0002(E)FinancingforDevelopment.pdf).

policy, para remover barreras a la entrada de nuevos operadores privados y asegurar unas condiciones competitivas en el funcionamiento de los mercados (el conocido *level playing field*).

Los MDBs están presentes en los mercados a través de una variedad de instrumentos más sofisticados y adaptados a las necesidades de sus clientes, los países en desarrollo. Y como se verá a continuación, tanto desde el sector público, mediante la prestación de asistencia financiera y técnica a países, así como desde el sector privado, participando en la financiación de proyectos con actores privados, la competencia forma parte del conjunto de elementos a los que se destinan estos instrumentos para dar cumplimiento a los respectivos mandatos en materia de desarrollo.

B. ASISTENCIA FINANCIERA Y TÉCNICA DE LAS MULTILATERALES

a) *Competencia en el sector público*

En lo que respecta a los esfuerzos en materia de competencia desde el sector público, la relación entre los MDBs y los países en desarrollo es transversal al resto de políticas y operaciones que llevan a cabo estas instituciones. Es decir, deben dar soporte y complementar otras actuaciones en los países en desarrollo, favoreciendo el diseño e implementación de reformas sectoriales, identificando obstáculos al funcionamiento competitivo de los países y contribuyendo a la creación del propio marco legislativo e institucional en materia de defensa de la competencia en los países clientes.

En el caso de la asistencia financiera, se diseñan préstamos en mejores condiciones que las de mercado (menor interés y plazos más largos), donaciones y avales a los países en desarrollo. En el caso de las asistencias técnicas, estas instituciones apoyan a los países en desarrollo a través de asesoramiento sobre políticas, investigaciones y/o análisis. Igualmente se suelen patrocinar conferencias y foros sobre temas de desarrollo económico, a menudo en colaboración con socios, para favorecer los intercambios de experiencias y mejores prácticas en los distintos ámbitos relacionados con el desarrollo económico.

Por otra parte, los MDBs suelen actuar también como administradores de iniciativas y/o fondos fiduciarios de donantes bilaterales y multilaterales, ya sea a petición de los gobiernos donantes o de grupos internacionales integrados por países, con prioridades sectoriales, regionales o temáticas definidas por los donantes de los fondos pero siempre en línea con la misión que llevan a cabo estas instituciones para contribuir con estos fondos a la consecución de los mismos objetivos.

Las operaciones en el ámbito de competencia pueden abarcar un abanico amplio de opciones: desde la promoción y apoyo en la implementación de normativas pro-competitivas, pasando por la identificación y eliminación de barreras a la competencia en los mercados, revisando regulaciones

ineficientes y analizando el margen para llevar a cabo privatizaciones. En otros casos, las operaciones en materia de competencia pueden estar directamente relacionadas con el diseño de la normativa nacional de competencia y/o el diseño institucional para la aplicación efectiva de la normativa *antitrust* existente. Ambos enfoques se complementan y dan soporte a otro tipo de iniciativas que simultáneamente puedan llevar a cabo las Instituciones Multilaterales en materia de clima de negocios, reformas sectoriales o procesos de privatización.

Por ejemplo, en América Latina, el BID ha incluido componentes sobre políticas de competencia en varios de sus préstamos. Concretamente, en Guatemala, como parte del objetivo del programa destinado a apoyar los esfuerzos del gobierno por continuar mejorando los niveles de productividad de la economía, el BID otorgó un préstamo para el apoyo a inversiones estratégicas y transformación productiva, que incluía la redacción para futura implementación de una ley de competencia¹⁶. Y es que Guatemala junto con Belice son los dos únicos países que a día de hoy carecerían de dichas normativas en la región. El objetivo perseguido por el componente sobre política de competencia del préstamo es contribuir a eliminar barreras que limitan el desarrollo empresarial y la inversión, entre otros¹⁷, para posteriormente avanzar en la implementación de su nueva normativa de competencia en cuyo desarrollo están avanzando las autoridades del país.

Sin embargo, y a pesar de que hay en la actualidad aproximadamente 120 sistemas de competencia a nivel mundial¹⁸, la existencia de legislación no es suficiente si no se realizan esfuerzos para que su implementación dé los frutos buscados. En efecto, y a modo de ejemplo, de los 188 países miembro del Banco Mundial en más de 100 existe una ley de competencia que, sin embargo, no disuade la existencia de claros comportamientos anti-competitivos especialmente en los países menos avanzados¹⁹. La cartelización en la cadena de producción desde los *inputs* (fertilizantes, cemento), pasando por el transporte y hasta los servicios finales (productos alimenticios, servicios financieros, seguros) son ejemplos típicos que el desarrollo económico y social en estos países. Igualmente, el Estado suele tener un peso mayor en los mercados de las economías en desarrollo con lo que ello supone en términos de subsidios cruzados, menores incentivos a la eficiencia y ausencia de presión competitiva, entre otros.

De este modo, a pesar de que muchos países en vías de desarrollo y países emergentes han abierto sus mercados al comercio internacional, en sus mercados siguen funcionando en muchos casos de manera ineficiente, ya sea por las barreras de entrada a dichos mercados que impiden que estos se beneficien plenamente de las ventajas del comercio internacional y la presión competitiva que este genera en los mercados locales, o ya sea por

¹⁶ <http://www.iadb.org/en/projects/project-description-title,1303.html?id=gu0163>.

¹⁷ *Id.*

¹⁸ www.gwcl.com.

¹⁹ <http://blogs.worldbank.org/psd/tirole-wbg-twin-goals-scaling-competition-policies-reduce-poverty-and-boost-shared-prosperity>.

el comportamiento anticompetitivo de los operadores tradicionales cuando no resulta punible por la ausencia de normativa para la defensa de la competencia o, en muchos casos, de un regulador con capacidad para aplicar de manera efectiva la normativa *antitrust*.

Por ello, los países clientes de las multilaterales tienen a su disposición un conjunto muy amplio de productos analíticos y de diagnóstico para apoyar la implementación de reformas pro-competitivas: evaluaciones de competencia (sobre regulaciones sectoriales, marcos normativos de competencia y de ayudas de estado, estimaciones de los efectos derivados de la ausencia de competencia en un determinado mercado); directrices sobre competencia (para fijar las prioridades de cada gobierno en esta materia o buscar criterios de neutralidad competitiva en un determinado mercado en el que participan operadores públicos); revisión de la efectividad de las autoridades de competencia; e informes sobre impacto y promoción de la competencia que consisten en una evaluación *ex post* de medidas procompetitivas o intervenciones de la autoridad de competencia con el fin de dar apoyo empírico a las reformas adoptadas y a las sanciones aplicadas, respectivamente.

Las actuaciones en materia de competencia en los países de ingresos bajos han tendido a centrarse en los últimos tiempos en la apertura de mercados locales a la competencia y la eliminación progresiva de normativa anticompetitiva que venía protegiendo a los incumbentes más ineficientes.

Filipinas, por ejemplo, ha revisado su regulación naviera con ayuda del Banco Mundial, reduciendo drásticamente los tiempos necesarios para registrar navíos y favoreciendo con ello la entrada de nuevos competidores para cada ruta con un ahorro potencial del 5 por 100 en los costes de transporte logístico²⁰. Igualmente, a través del asesoramiento del Banco Mundial, Honduras ha promovido un tratamiento no discriminatorio en el registro de pesticidas y otros productos para la agricultura que se ha traducido en que el número de productos registrados por año se haya triplicado y los precios de algunos pesticidas se hayan reducido hasta en un 10 por 100²¹.

En países de ingresos medios, el asesoramiento técnico ha ido más encaminado a reforzar la efectividad de los sistemas y normativas de competencia existentes en estos países.

Así, por ejemplo, en Rumanía se han llevado a cabo proyectos para la creación de la Unidad de Cárteles para reforzar la lucha contra estas prácticas, asistencias para la identificación de acuerdos anticompetitivos entre contables colegiados (que supondrán ahorros para los consumidores de entre 24 y 60 millones de dólares en tarifas) y revisión de normativas con barreras anticompetitivas y ayudas de estado²². En Kenia los esfuerzos

²⁰ <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/21317/935300ESW0P1490021500Final0Jan0160.pdf?sequence=1>.

²¹ http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2014/10/07/00442464_20141007144148/Rendered/PDF/911800BRI0Box30s0Competition0Policy.pdf.

²² <https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/eca/Romania-Snapshot.pdf>.

se han centrado en el diseño de la normativa para luchar contra los carteles en sectores estratégicos, hasta entonces no sancionables, calculándose ahorros anuales de hasta 18 millones de dólares por ejemplo en el mercado de seguros²³. Igualmente, se está llevando a cabo una revisión en profundidad de la normativa en materia agroalimentaria donde persisten monopolios públicos amparados por la normativa estatal con el fin de introducir las modificaciones oportunas para dar entrada al sector privado en el segmento de comercialización²⁴.

Pero la actuación de las multilaterales no se limita a países con regulaciones ineficientes o con autoridades de competencia ineficaces. Por el contrario, el apoyo financiero y técnico de estas instituciones resulta igualmente necesario en el caso de países emergentes como Kazajstán en los que el sector público sigue manteniendo una presencia muy elevada por lo que los esfuerzos se han concentrado en asegurar una neutralidad competitiva mediante el análisis detallado de los distintos sectores²⁵. Así, entre las reformas a las que se dirige el apoyo presupuestario de 500 millones de dólares del BM recientemente aprobado para Kazajstán, destacan las medidas consistentes en introducir un principio de subsidiariedad en la actividad empresarial del Estado, de manera que para cada sector debe analizarse si está justificada la presencia del Estado o si, por el contrario, hay cabida para el desarrollo del sector privado. En este último caso, deberá asegurarse una neutralidad competitiva que no desincentive la entrada de operadores privados y conduzca paulatinamente a la privatización de la empresa pública.

Otros apoyos presupuestarios recientes del BM a países en desarrollo que incluyen reformas para promover mercados más competitivos son los préstamos concedidos a Georgia, Marruecos y Macedonia, entre otros. En este último, de 100 millones de dólares en dos tramos (2012 y 2014), el objetivo principal era lograr una mayor presencia del sector privado en las zonas de desarrollo tecnológico industrial, fortaleciendo el marco de responsabilidad y transparencia en materia de ayudas de estado y favoreciendo un entorno regulatorio más predecible para los inversores y una mayor capacidad de internacionalización de las empresas vía mejoras de competitividad de las mismas²⁶.

En definitiva, las Multilaterales han ido acumulando una vasta experiencia en la promoción de una competencia efectiva en los países en desarrollo y disponen de un abanico amplio de opciones para llevar a cabo su asistencia a los mismos mediante la necesaria capacitación técnica y desarrollo normativo pro-competitivo.

²³ <https://www.wbginvestmentclimate.org/advisory-services/cross-cutting-issues/competition-policy/competition-policies-open-markets-in-kenya.cfm>.

²⁴ <http://documents.worldbank.org/curated/en/2015/01/23884246/competition-kenyan-markets-impact-income-poverty-case-study-sugar-maize>.

²⁵ <http://documents.worldbank.org/curated/en/2015/11/25156724/kazakhstan-first-macro-economic-management-competitiveness-programmatic-development-policy-loan-project>.

²⁶ http://www.wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDS/PCA/2015/10/07/090224b08312e232/1_0/Rendered/PDF/Macedonia00for0Report000Sequence001.pdf.

No obstante, y pese a la gran experiencia que las Multilaterales han adquirido en este campo, a día de hoy siguen existiendo retos sobre cómo adaptar, en muchos casos, la normativa sobre competencia y diseño institucional a países donde la cultura de competencia es aún limitada. Es aquí donde la extensa experiencia de la Comunidad de Competencia podría hacer grandes aportaciones, contribuyendo de este modo al desarrollo económico de los países menos avanzados.

Por un lado, sería de gran interés que se ampliasen los esfuerzos dedicados a tratar de entender cuáles son los efectos de la exportación de la normativa sobre competencia a países con economías de mercado en estado embrionario. Si bien expertos consolidados como FOX²⁷, GAL²⁸ o KOVACIC²⁹ han tratado de impulsar ideas innovadoras en la materia, todavía es necesario profundizar más en algunas cuestiones, con el fin de que las MDBs a la hora de llevar a cabo sus actividades puedan aplicarlas exitosamente en las jurisdicciones en desarrollo.

Empezando por el diseño institucional de las autoridades de competencia, resulta necesario comprender cuáles son las necesidades básicas de sistemas de competencia nuevos enmarcados dentro de jurisdicciones adversas a las economías de mercado. Así, si bien es cierto que la independencia de las autoridades suele considerarse como un requisito *sine qua non* para garantizar la implementación eficaz de la normativa de competencia³⁰, en sistemas nuevos tal vez resulte más recomendable confinar las autoridades dentro de ministerios que gocen del apoyo del gobierno, para evitar que dichas autoridades sean arrinconadas. Estos aspectos institucionales no deberían de extrañarnos cuando el ciclo de vida de los sistemas de competencia muestra que la introducción paulatina de las autoridades de competencia, como fue el caso de España o Francia a través de sus servicios y tribunales de competencia, suelen ser más exitosos.

Otro ejemplo que amerita mayor profundización es el relacionado con los sistemas de control de concentraciones. Habitualmente, cuando los MDBs asesoran a jurisdicciones en materia de competencia, suelen incorporar sugerencias sobre la necesidad de adoptar un sistema de control de concentraciones imperativo. Si bien es cierto que en economías de mercado maduras el control de operaciones obligatorio constituye un pilar básico de los sistemas de competencia, no necesariamente tiene que ser el caso en

²⁷ M. S. GAL y E. M. FOX, *Drafting Competition Law for Developing Jurisdictions: Learning from Experience* (April 15, 2014). *Economic Characteristics of Developing Jurisdictions: Their Implications for Competition Law*, Edward Elgar, 2014, *Forthcoming*; *NYU Law and Economics Research Paper*, núm. 14-11.

²⁸ M. S. GAL, *The Ecology of Antitrust: Preconditions for Competition Law Enforcement in Developing Countries. Competition, Competitiveness and Development*, 2004, pp. 20-38.

²⁹ W. E. KOVACIC, «The Competition Policy Entrepreneur and Law Reform in Formerly Communist and Socialist Countries», *American University International Law Review*, 11, núm. 3 (1996), 437-474.

³⁰ W. E. KOVACIC y D. A. HYMAN, *Competition Agency Design: What's on the Menu?* (November 21, 2012). *GWU Legal Studies Research Paper*, núm. 2012-135; *GWU Law School Public Law Research Paper*, núm. 2012-135; *Illinois Public Law Research Paper*, núm. 13-26.

jurisdicciones en vías de desarrollo donde la certeza y transparencia para el sector privado ha de primar, como pone de relieve la agenda 2030 anteriormente descrita.

A modo de ejemplo, en algunos países de América Latina, recientemente se han adoptado sistemas de control de concentraciones obligatorios careciendo de la infraestructura, regulaciones y personal especializado para llevar a cabo dichos controles. Como resultado, las empresas que realizan negocios en dichas jurisdicciones se han visto afectadas en la medida que no saben cómo proceder ante la autoridad de competencia relevante, por no mencionar, que dicha regulación obligatoria desincentiva la atracción de capital extranjero que no siente que exista suficiente seguridad jurídica al respecto. En estas situaciones, sería interesante proceder a ahondar si para países con incipientes sistemas de competencia no sería más recomendable sugerir que adoptasen sistemas de control de concentraciones voluntarios, para que, a medida que maduren, se modifiquen y pasen a ser obligatorios, como hizo por ejemplo Brasil. De este modo, en Brasil, el tiempo ha permitido construir una reputación buena a su sistema de competencia, y por ende, la nueva legislación sobre control de concentraciones obligatoria no solo no ha desincentivado al sector privado, sino que ha pasado a formar parte de las jurisdicciones estratégicas en materia de competencia de las multinacionales más relevantes. Asimismo, al optar por una introducción más progresiva de los sistemas de control de concentraciones las MDBs pueden llevar a cabo en paralelo un papel fundamental en materia de capacitación técnica que asegure una aplicación eficiente del marco normativo obligatorio cuando finalmente se adopte³¹.

En lo que a la lucha contra los cárteles se refiere, la posibilidad de llevar a cabo investigaciones sorpresa es un elemento fundamental para desmantelar estos acuerdos anticompetitivos que tanto daño hacen a las economías en desarrollo. Sin embargo, para poder llevar a cabo estas inspecciones sorpresivas es necesario estar cualificado para las mismas. Una vez más, en paralelo a la inclusión de estos derechos en las recomendaciones de las MDBs sobre los textos jurídicos en materia de competencia sobre los que prestan asistencia técnica, se deberían acompañar las sugerencias legales con proposiciones de entrenamientos en la materia, bien por parte de los propios MDBs a través de expertos de la Comunidad de Competencia, o incluso promocionando acuerdos entre autoridades de competencia regionales (la llamada cooperación sur-sur), para que las que cuentan con más experiencia presten asistencia a las más principiantes en la materia.

Otra área a investigar en cuanto a recomendaciones técnicas en materia de competencia se refiere, es la importancia de la historia, cultura y la adversidad a la economía del mercado originaria del llamado mundo occi-

³¹ Estas consideraciones son igualmente aplicables a otros ámbitos de operación de las MDBs, como las reformas en energía o mercados financieros en países en desarrollo que suelen ir acompañadas de la necesaria capacitación de los técnicos y funcionarios de los reguladores nacionales encargados de velar por la correcta aplicación de dichas reformas.

dental en los países clientes que tanto condicionan los marcos regulatorios de los mismos. Asumiendo que el objetivo perseguido por los MDBs en su asesoramiento es el de buscar un impacto sostenible y duradero en el tiempo que contribuya al progreso económico de los países que reciben dicho asesoramiento, parece lógico pensar que se ha de valorar el grado de permeabilidad que tiene dicha sociedad a la cultura del mercado de libre competencia.

Por ejemplo, pongamos que se asesora a Afganistán respecto a su futura ley de competencia. Una revisión rápida de las leyes de competencia de países con arraigada tradición musulmana muestra cómo existe una serie de exenciones a la normativa de competencia sobre productos básicos como el pan o la leche, cuya justificación reside en el deseo de cumplir con el texto del Corán. Ningún experto en competencia osaría cuestionar que la existencia de competencia efectiva en estos mercados beneficiaría a los afganos, puesto que el buen funcionamiento de los mismos contribuiría a disminuir el precio de estos productos para el consumidor final. Pero, en una primera instancia, sería útil realizar un análisis retrospectivo sobre otras asistencias técnicas y experiencias de la Comunidad de Competencia, para determinar qué solución es la que mejor se adapta a la situación económica y cultural del país. Es más, para sistemas de competencia incipientes, los MDBs podrían beneficiarse de la Comunidad Internacional para adaptar las asesorías técnicas a los ciclos de vida de los sistemas de competencia en cada caso.

Todos estos ejemplos aquí expuestos son solo una muestra representativa de los avances de los MDBs en materia de *policy* y de las áreas en las que se podría profundizar, con la ayuda de la comunidad de expertos de competencia, con el fin garantizar que las políticas de competencia sean implementadas de la forma más eficaz posible teniendo siempre en consideración la sostenibilidad como receta para el éxito de las mismas. La actuación en la vertiente pública de los MDBs se complementa con su actuación a través del sector privado donde también existen infinidad de oportunidades únicas para infundir los principios de competencia, como se detallará a continuación.

b) *Competencia en el sector privado*

Conjuntamente con la financiación y asistencia técnica al sector público, existen también proyectos financiados por las instituciones multilaterales a través de sus ramas privadas y en algunos casos en colaboración con bancos comerciales, agencias de crédito a la exportación e inversores del sector privado, para el desarrollo de agentes privados en determinados sectores de los países en desarrollo.

Algunos ejemplos claros son los proyectos de inclusión financiera a través de bancos, de agronegocios con componentes de mejora de nutrición de la población a través de empresas de alimentación, de turismo sostenible preservando la cultura y patrimonio de estos países, o de energía para

mejor el mix tecnológico y potenciar el desarrollo de energías renovables que contribuyan a la lucha contra el cambio climático, entre otras. Es, precisamente en la relación con los proyectos del sector privado, donde los MDBs también tienen una oportunidad única para avanzar la agenda de competencia, promoviendo los principios de una competencia sana y un funcionamiento eficiente de los mercados a través del comportamiento de los propios agentes privados seleccionados en sus proyectos.

Los proyectos de los MDBs sin garantía soberana, es decir, directamente con el sector privado, facilitan y estimulan la inversión del sector privado con un impacto positivo sobre el desarrollo. Por ejemplo, las corporaciones financieras internacionales del Grupo Banco Mundial³² y Grupo BID³³ respectivamente, originan, evalúan, estructuran y negocian los préstamos y subsidios para la participación del sector privado en sectores donde cada uno de los Grupos Financieros está presente, como por ejemplo la financiación para el comercio internacional, mercados de capitales e infraestructura.

Es en este sentido necesario precisar que, sin bien las inversiones de los MDBs en el sector privado se rigen por los mismos principios de mercado aplicables a otros bancos, la financiación tiene además que contribuir positivamente al progreso económico y social. En otras palabras, los proyectos financiados a través del sector privado han de tener un impacto en el desarrollo económico en línea con los objetivos estratégicos de cada respectivo MDB, lo que viene a denominarse en la jerga de estas instituciones como «adicionalidad» del proyecto.

Considerando, como ha sido expuesto anteriormente, que gran parte de los objetivos de la nueva Agenda 2030 se refieren a la consolidación del sector privado (para generar crecimiento y empleos) y la innovación (para promover una mayor productividad), qué duda cabe que la cultura de competencia ha de gobernar también, al menos parcialmente, estas inversiones privadas.

A lo largo del ciclo de estos proyectos, los MDBs tienen varias oportunidades para asegurarse que sus inversiones no van a tener un impacto negativo sobre los mercados a largo plazo, mermando el desarrollo. Estas oportunidades son principalmente tres, a saber: i) originación; ii) preparación, y iii) ejecución. A continuación, se exponen algunas ideas respecto los dos primeros elementos, dejando la ejecución para la sección desarrollada posteriormente bajo el epígrafe sobre el sistema de sanciones de las Multilaterales.

Como en cualquier otra institución financiera, existen dos fuentes de originación de proyectos en el sector privado de las MDBs. En un caso, los propios clientes solicitan directamente la financiación, y en otro, son los oficiales de inversión de los MDBs los que exploran oportunidades de

³² http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/corp_ext_content/ifc_external_corporate_site/home.

³³ <http://www.iic.org/es>.

negocio al estudiar las necesidades de financiación para proyectos de desarrollo, buscando un adecuado equilibrio entre impacto en el desarrollo y rentabilidad de la operación (para asegurar la sostenibilidad financiera de las ramas privadas de estas instituciones). Es en este segundo caso donde los MDBs tienen una mayor facultad para seleccionar clientes (empresas privadas) cuya presencia en el sector o mercado en el que se circunscribe el proyecto a desarrollar contribuya a incrementar la competencia efectiva dinamizando el mercado en cuestión.

En línea con la Agenda 2030, sería importante que los MDBs aprovecharan las oportunidades para dinamizar mercados a través del sector privado, teniendo en cuenta las características de los mercados a la hora de tomar una decisión final sobre a quién otorgarle la financiación para proyectos de desarrollo, ya que no solo se financia un proyecto en particular, si no que dicha financiación tiene un impacto en los mercados por su mera existencia. Por tanto, que a la hora de tomar decisiones sobre inversión en esta rama de actividad de los MDB conviene tener siempre presentes las estructuras de los mercados donde se va a invertir, y llevar a cabo un análisis de competencia de dicho mercado para valorar la competencia local, la consolidación de agentes ya existentes o la conveniencia de favorecer la entrada en dichos mercados de nuevos agentes, con el fin de incrementar la competencia en los mismos. El reto, claro está, es encontrar el equilibrio entre fomentar la entrada de nuevos agentes sin distorsionar los mercados otrora competitivos.

Una vez elegido el agente privado a quien otorgarle financiación, durante la fase de preparación de los proyectos, los MDBs han adoptado individualmente procesos de aprobación, que incluyen la aplicación de las respectivas políticas de debida diligencia (procesos de *due diligence*) a las empresas que son contrapartes o entidades relevantes en cada uno de los proyectos. En aras de cumplir con los mandatos y estrategias que cada MDB tiene estipulado, la debida diligencia cubre todo un amplio espectro de materias que van desde los riesgos financieros, medioambientales y sociales, hasta los riesgos de reputación e integridad.

Como parte de las revisiones de integridad que se realizan a las entidades relevantes de los proyectos, normalmente, las Multilaterales se concentran en áreas tradicionales como el lavado de dinero, evasión fiscal, existencia de personas políticamente expuestas, sanciones o investigaciones por corrupción, y en menor medida, prácticas anticompetitivas. Y es que, a día de hoy, la relevancia de las prácticas anticompetitivas que las empresas realizan, sigue siendo de segundo orden en el caso de muchas de estas instituciones y sus oficiales de cumplimiento (*compliance officers*).

Una mayor transparencia en relación con la información que se incluye en los perfiles de los proyectos y empresas seleccionadas para ser aprobados beneficiaría a todas las partes: al Directorio de cada MDB encargado de la aprobación de los proyectos a través de una decisión informada, al propio MDB que pasaría a ser más consciente de los riesgos de seleccionar a clien-

tes con casos de *antitrust* en su historial y, sobre todo, al país en desarrollo para el que se diseña el proyecto, ya que arrojando luz sobre este aspecto podrían evitarse riesgos de comportamientos anticompetitivos futuros que, como sabemos, suelen dañar especialmente a la población más vulnerable de la sociedad. La incorporación de este análisis adicional para la selección de clientes cobra todavía más sentido teniendo en consideración los nuevos Objetivos de Desarrollo Sostenible, que dan mayor importancia al desarrollo de un sector privado sostenible.

Afortunadamente, a medida que las políticas de competencia van asentándose en jurisdicciones no tan familiarizadas con la materia, tanto los oficiales de inversión como los oficiales de cumplimiento van dando más importancia a que sus clientes cumplan con la normativa de competencia. Tanto es así, que en algunos proyectos de jurisdicciones cuya legislación de competencia está en alza, como por ejemplo Chile, es progresivamente más habitual que se incluyan en los perfiles de proyectos descripciones en relación con eventuales sanciones por competencia que se hayan podido imponer a las entidades relevantes del mismo. De este modo, cuando los directorios han de decidir sobre el otorgamiento de financiación a dichas empresas, estos pueden tener en consideración, además de otros elementos como son las garantías medioambientales, las garantías ofrecidas por los prestatarios que aseguren que se respetará la normativa sobre competencia, antes de tomar la decisión final sobre la financiación.

Finalmente, los MDBs durante la preparación de los proyectos sin garantía soberana, pueden apoyarse en su apalancamiento como entidad financiera para el desarrollo, y requerir como medidas de mitigación a contrapartes con un historial grave en materia de infracción por prácticas anticompetitivas la adopción de programas sobre cumplimiento en materia de competencia y otras garantías contractuales a fin de que dichas empresas no exporten sus prácticas anticompetitivas al proyecto que será financiado por las Multilaterales. De actuar así, los MDBs estarían contribuyendo de una manera proactiva a que la introducción del sector privado en países en desarrollo exporte desde el inicio una cultura de competencia clave para la sostenibilidad e innovación del sector.

Si bien todas las ideas hasta aquí expuestas parecen ofrecer señales positivas respecto al trabajo que los MDBs realizan en términos de garantizar que se genere progreso económico promoviendo al mismo tiempo la competencia en los mercados de los países en vías de desarrollo, resulta además imprescindible resaltar que los MDBs, a través de sus sistemas de sanciones, son un ejemplo de cómo asegurar la maximización de la ayuda financiera que otorgan. La sección que continua ahonda en este campo.

3. EL SISTEMA DE SANCIONES DE LAS MULTILATERALES

Igualmente, la consecución de los ambiciosos Objetivos de Desarrollo Sostenible requiere hacer el mejor uso posible de cada dólar dedicado al de-

sarrollo con independencia de la fuente de financiación (pública o privada, nacional o internacional), lo que exigirá una mayor y mejor coordinación entre todas las instituciones bilaterales y multilaterales de desarrollo, pero también un uso más eficiente de los recursos de cada una de ellas. En este contexto, cobran igualmente relevancia todas las iniciativas encaminadas a la lucha contra los flujos ilícitos de capital, debiendo entenderse estos en sentido amplio y, por tanto, incluyendo además de los casos de corrupción y fraude, los de colusión.

Tanto los gobiernos de los países en desarrollo a través de sus propias agencias de contratación, como las instituciones multilaterales a través de sus departamentos de Integridad, deben velar por uno uso eficiente de los recursos destinados al desarrollo. Bajo esta premisa se debe reforzar la lucha contra la colusión en las licitaciones públicas, que limitan el impacto de los proyectos destinados al desarrollo económico y social al mismo tiempo que detraen recursos ya de por sí muy escasos en el caso de las economías más pobres.

La siguiente sección expone y analiza los sistemas de sanciones de los organismos multilaterales poniendo especial énfasis en las oportunidades que los mismos presentan en relación a la lucha contra los esquemas colusorios.

A. EL MARCO SANCIONADOR DE LAS MDBS

Los acuerdos constitutivos de las MDBs incluyen obligaciones fiduciarias como parte de los compromisos necesarios para que la ayuda al desarrollo cumpla con los objetivos buscados. Entre estas obligaciones fiduciarias, se encuentra, entre otras, la obligación de asegurar que se realiza un uso eficiente de los recursos asignados. Por tanto, la obligación fiduciaria de estos organismos incluye, inexorablemente, el que los recursos sean utilizados para el fin asignado sin que existan flujos ilícitos. En este sentido, las MDBs mantienen una política de tolerancia cero hacia la corrupción³⁴. Y es que, el desarrollo económico pasa, indudablemente, por maximizar los recursos destinados a los proyectos, asegurando que dichos recursos no sufran pérdidas por la existencia de prácticas prohibidas³⁵ como lo son los esquemas de *bid-rigging* o carteles en licitaciones públicas.

³⁴ Los diferentes sistemas de sanciones de las MDBs tienen como objetivo principal el de cumplir con las obligaciones fiduciarias de salvaguardar sus recursos de prácticas prohibidas. Además, la propia existencia de las cláusulas sobre prácticas prohibidas en todos los contratos financiados con recursos de las multilaterales, así como las sanciones impuestas tienen un efecto disuasorio que contribuye al manejo de integridad en los proyectos fortaleciendo el mensaje y compromiso con una tolerancia cero contra la corrupción. Véase, a modo de ejemplo, la siguiente conferencia sobre el presidente del Banco Mundial disponible en <http://www.worldbank.org/en/news/video/2013/04/02/jim-kim-zero-tolerance-for-corruption>.

³⁵ Cada MDB utiliza su propio termino para referirse a las practicas armonizadas. Así, por ejemplo, el Banco Mundial se refiere a practicas sancionables y el Banco Interamericano de Desarrollo las llama practicas prohibidas. Algunos MDBs además de las practicas armonizadas incluyen otras acti-

En vista de lo anterior, en 2006, el Grupo del Banco Mundial, Grupo del Banco Africano de Desarrollo, el Banco Asiático de Desarrollo, el Banco Europeo de Reconstrucción y Fomento, el Grupo del Banco Europeo de Inversiones, el Grupo del Banco Interamericano de Desarrollo, y el Fondo Monetario Internacional llegaron a un consenso sobre cuáles debían constituir los pilares de una estrategia armonizada en la lucha contra el fraude y la corrupción. Como resultado, se adoptó el Marco Uniforme para Prevenir y Combatir el Fraude y la Corrupción (el «Marco Uniforme») que abarca, entre otros, la lucha contra la colusión³⁶. Como resultado de la adopción del Marco Uniforme, y con el fin de adherirse a los principios incluidos en el mismo, las diferentes MDBs reformularon sus ya existentes sistemas de sanciones para que estos reflejasen los pilares comunes sobre los que se asienta una sólida plataforma desde la que luchar contra estas prácticas prohibidas.

Los principios base incluidos en el Marco Uniforme son los siguientes: i) adopción de un ámbito de aplicación armonizado a través de la homogeneización de las definiciones de prácticas prohibidas; ii) adopción de principios y directrices comunes para las investigaciones; iii) intercambio de información relativa a investigaciones; iv) armonización de los principios de diligencia debida (*due diligence*) en materia de integridad en relación con las decisiones sobre préstamos en inversiones para el sector privado; v) reconocimiento mutuo de las decisiones e inhabilitación, y vi) respaldo a las actividades de los países miembros contra la corrupción.

Respecto al ámbito de aplicación de los sistemas de sanciones armonizado, cinco son las prácticas prohibidas o sancionables que lo conforman, a saber: corrupción, fraude, colusión, coerción y obstrucción³⁷. Los tipos

vidades que son susceptibles de ser investigadas y sancionadas como por ejemplo el Banco Asiático de Desarrollo respecto a la apropiación ilícita.

³⁶ Para mas detalles sobre los documentos que rigen los sistemas de sanciones, visitar la pagina de la Oficina de Integridad del Banco Interamericano de Desarrollo, disponible en <http://www.iadb.org/en/topics/transparency/integrity-at-the-idb-group/prohibited-practices-at-the-idb,2704.html>.

³⁷ El texto de las practicas sancionables son las siguientes: Corrupción, que es el ofrecimiento, entrega, recepción o solicitud, en forma directa o indirecta, de cualquier cosa de valor, con objeto de influir de manera inapropiada en las acciones de otra parte. Fraude, que es cualquier acto u omisión, incluyendo una declaración inexacta que a sabiendas o en forma descuidada, induzca a error, o trate de hacerlo, a la parte que la recibe, a fin de obtener un beneficio financiero o de otra índole o de eludir el cumplimiento de una obligación. Coerción, que es el impedimento o perjuicio, o la amenaza de impedir o perjudicar, en forma directa o indirecta, a cualquier parte o a la propiedad de cualquier parte, con objeto de influir de manera inapropiada en las acciones de una parte. Colusión, que es el arreglo de dos o más partes concebido para obtener una finalidad impropia, incluyendo la influencia indebida a en las acciones de otra parte. Obstrucción que consiste en: a) la destrucción, falsificación, alteración u ocultamiento, en forma deliberada, de pruebas importantes para la investigación o la formulación de declaraciones falsas a los investigadores, con objeto de impedir el curso de una investigación del Grupo BID de denuncias de prácticas de corrupción, fraude, coerción o colusión; o las amenazas, hostigamiento o intimidaciones contra cualquier parte, a fin de impedir que esta dé cuenta de su conocimiento de asuntos importantes para la investigación o de que esta siga su curso, o b) los actos que tengan por objeto impedir materialmente que el Banco ejerza sus derechos de inspección y auditoría. Es importante precisar, que las definiciones del Banco Mundial incluyen notas al pie particulares, que delimitan alguno de los elementos del tipo de estas definiciones.

de cada una de estas prácticas son fruto del consenso entre las diferentes MDBs, y si bien podrían ser objeto de refinamiento lingüístico desde un punto de vista estrictamente legal, también es cierto que las mismas son lo suficientemente amplias para cubrir un gran abanico de prácticas corruptas³⁸. Como se detallara más adelante, el concepto de colusión que las MDBs manejan, para los que estamos acostumbrados a desenvolvernos en el ámbito estricto de la competencia, es algo diferente al que la mayoría de las jurisdicciones utiliza en sus leyes de competencia.

Como ha sido mencionado previamente, otro de los pilares sobre los que se asientan los sistemas sancionadores de las MDBs es el reconocimiento mutuo de las decisiones sancionadoras que esta instrumentalizado a través del Acuerdo de Aplicación Mutua de las Decisiones de Inhabilitación³⁹ suscrito por el Grupo del Banco Africano de Desarrollo, el Banco Asiático, el Banco Europeo para la Reconstrucción y el Desarrollo, el Grupo del Banco Mundial, y el Grupo Banco Interamericano de Desarrollo. Este convenio que rige para todos los signatarios sienta las bases para el reconocimiento mutuo de determinadas sanciones impuestas por cualquiera de las instituciones a firmas e individuos que hayan incurrido en prácticas prohibidas. De este modo, una sanción impuesta por, digamos, el Banco Mundial, puede ser directamente reconocida por el resto de los signatarios del Acuerdo de Reconocimiento Mutuo. Hasta cierto punto, la manera en que las MDBs reconocen sus sanciones, recuerda a los principios de «*positive comity*» que desgraciadamente no terminan de cuajar en la comunidad de competencia⁴⁰.

A través del mecanismo de reconocimiento mutuo de sanciones se obtienen múltiples beneficios. En primer lugar, se logran sinergias en el cumplimiento de las obligaciones fiduciarias de las MDBs ya que las multilaterales pueden designar como inelegibles a aquellas partes que si bien no han cometido prácticas prohibidas con sus recursos si han demostrado no mantener unos estándares de integridad necesarios para llevar a cabo proyectos de desarrollo. En segundo lugar, se logra un mayor efecto disuasorio ya que futuras empresas o individuos adjudicatarios corren el riesgo de ser incluidas en la lista de entidades e individuos sancionados de estas multilaterales que cubren en su conjunto la totalidad de jurisdicciones. En tercer lugar, derivado de este acuerdo, se ha impulsado la adopción de otros principios y directrices como lo son: i) los principios y directrices generales

³⁸ En resumen, los contratos financiados con fondos de los MDBs tienen la obligación de incorporar las llamadas cláusulas prohibidas o sancionables a las que están sujetas las partes contratantes tanto en su relación directa con la administración pública que administre los fondos como en los sucesivos contratos aguas abajo que se deriven de la contratación original. A pesar de la diversidad de políticas de adquisiciones publicas existentes, uno de los denominadores comunes de las mismas es el principio de libre competencia por las que se rigen. Adicionalmente, las políticas de adquisiciones incorporan obligaciones de cara a los órganos ejecutores y contratos con y derivados de los mismos a no incurrir en prácticas prohibidas.

³⁹ <http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=35155249>.

⁴⁰ [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=dafl/comp/gf\(2012\)6&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=dafl/comp/gf(2012)6&doclanguage=en).

para la imposición de sanciones⁴¹, o ii) los principios armonizados de los MDBS para el tratamiento de grupos empresariales⁴².

B. OPORTUNIDADES DESDE EL PUNTO DE VISTA DE COMPETENCIA

Una vez expuesto el sistema de sanciones de los MDBS, es interesante proceder a analizar los mismos desde un punto de vista de competencia con el fin de resaltar cómo la armonización de los sistemas sancionadores de las multilaterales puede servir como inspiración a la comunidad de competencia como lo demuestra el acuerdo de reconocimiento mutuo de sanciones, pero también, cómo la comunidad de competencia puede aportar sus conocimientos y experiencias al contexto sancionador de las multilaterales.

Para proceder a realizar un estudio ordenado del mismo, a continuación se han clasificado los retos y oportunidades en tres categorías, a saber: i) institucionales; ii) sustanciales, y iii) procesales.

a) *Oportunidades institucionales*

a.1) Diseño

En los últimos años, la comunidad de competencia viene prestando un creciente interés por el diseño institucional⁴³ de las autoridades encargadas de velar por la competencia a nivel nacional ya que bien es sabido que el diseño de las mismas tiene un impacto en los resultados esperados. En este sentido, la misma ecuación le es aplicable a los sistemas de sanciones de las Multilaterales.

El análisis de tendencias en el diseño institucional de autoridades de competencia muestran cómo existe una clara propensión a unificar bajo un mismo techo autoridades con mandatos diversos combinando, por ejemplo, competencia y protección al consumidor, competencia y propiedad intelectual, etc.⁴⁴. En línea con la tendencia que se observa a nivel nacional, el sistema sancionador de las MDBS combina bajo un mismo mandato la lucha contra la corrupción y la colusión.

Esta combinación innovadora, podría inspirar a futuras reformas a nivel nacional ya que los expertos en la materia saben bien que la colusión,

⁴¹ Hacen referencia a un conjunto de principios destinados a asegurar el tratamiento coherente de individuos y firmas en la determinación de sanciones.

⁴² Son un conjunto de principios para el establecimiento de normas comunes para la imposición de sanciones a entidades integrantes de grupos empresariales.

⁴³ W. E. KOVACIC y D. A. HYMAN, *Competition Agency Design: What's on the Menu?* (November 21, 2012). *GWU Legal Studies Research Paper*, núm. 2012-135; *GWU Law School Public Law Research Paper*, núm. 2012-135; *Illinois Public Law Research Paper*, núm. 13-26.

⁴⁴ KOVACIC y LÓPEZ GALDÓS, «Benchmarking Competition Systems: A Global Survey of Institutional Characteristics», *Oxford Journal of Antitrust Enforcement*, forthcoming en 2016. Los resultados preliminares se encuentran disponibles en www.gwcl.com.

particularmente en lo que a contratación pública se refiere, suele ir acompañada de un acto corrupto como puede ser una comisión ilegal. En efecto, las investigaciones llevadas a cabo por las multilaterales en licitaciones públicas a menudo revelan la existencia de esquemas de corrupción como instrumentos necesarios para poder implementar acuerdos colusorios y viceversa⁴⁵.

Si bien la experiencia de las multilaterales en este campo no es novedosa, sí lo es su aproximación a la materia, buscando sinergias para lograr desenmascarar a todas las partes que hacen posible que los acuerdos colusorios en la contratación pública se materialicen. En efecto, hasta la fecha menos del 5 por 100 de las autoridades de competencia tienen mandato para investigar la corrupción en licitaciones públicas o mantienen acuerdos de cooperación con las unidades de lucha anticorrupción⁴⁶.

Por tanto, futuras reformas de las autoridades de competencia deberían considerar los frutos que pueden llegar a lograrse de combinar la lucha contra la corrupción con la lucha contra los cárteles, y considerar mecanismos para que las autoridades encargadas de hacer las investigaciones pertinentes trabajen conjuntamente aunque sea de manera *ad hoc*.

a.2) Cooperación con Autoridades Nacionales de Competencia

La falta de conocimiento del sistema de sanciones de las MDBs, junto con la todavía limitada participación de los integrantes de estos últimos en la comunidad de competencia, deja al descubierto una brecha importante en lo que a la cooperación entre las partes se refiere, con el consecuente coste de oportunidades.

Como bien es sabido por los actores más tradicionales del mundo de la competencia, existe una red de cooperación muy importante entre autoridades de competencia que han facilitado el intercambio de conocimiento y experiencias en la materia, y aprovechar los beneficios de compartir información sobre investigaciones. En este sentido, por ejemplo, es difícil imaginar que partes investigadas en varias jurisdicciones que han hecho uso de programas de clemencia, no concedan dispensas (*waivers*) a las autoridades relevantes para que procedan a intercambiar información sobre las mismas.

Además, existen numerosos foros (OECD⁴⁷, UNCTAD⁴⁸, ICN⁴⁹) en los que las autoridades de competencia participan con el fin de compartir

⁴⁵ F. JENNY, «International Cooperation on Competition: Myth, Reality and Perspective», *The University of Minnesota Law School Conference on Global Antitrust Law and Policy Minneapolis*, 2002.

⁴⁶ KOVACIC y LÓPEZ GALDÓS, «Benchmarking Competition Systems: A Global Survey of Institutional Characteristics», *Oxford Journal of Antitrust Enforcement*, *forthcoming* en 2016. Los resultados preliminares se encuentran disponibles en www.gwcl.com.

⁴⁷ <http://www.oecd.org/competition/>.

⁴⁸ <http://unctad.org/en/Pages/DITC/CompetitionLaw/Competition-Law-and-Policy.aspx>.

⁴⁹ <http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>.

experiencias además de afianzar la confianza entre las mismas para lograr objetivos comunes. Es más, incluso alguno de estos eventos es cofinanciado por los MDBs, como es por ejemplo el caso del Foro Latino Americano de Competencia⁵⁰ y existen recientemente algunas iniciativas y conferencias promovidas por el Banco Mundial para estrechar los lazos de esta institución con la comunidad internacional de competencia en lo que a los aspectos de *policy* se refiere.

En base a la misma dinámica, los actores protagonistas de los sistemas de sanciones de las multilaterales mantienen un diálogo constante entre las mismas, acuden a foros en los que intercambian información y experiencias, y como se ha descrito anteriormente, incluso muchos de ellos son signatarios del Acuerdo de Mutuo Reconocimiento.

En este contexto, parece natural concluir que tanto la comunidad de competencia como los sistemas sancionadores de las MDBs podrían beneficiarse de igual modo si entablasen un diálogo y relación más intensos.

Por ejemplo, una de las principales barreras con las que se encuentran los investigadores de los MDBs a la hora de detectar casos de *bid rigging* son las facultades limitadas para proceder a investigar tanto individuos como empresas. Dado que los MDBs son organismos internacionales, están obligados a respetar las soberanías nacionales, y por tanto, no pueden contar con los amplios poderes para realizar investigaciones sorpresa. Y bien es sabido que estas inspecciones sin preaviso suelen ser claves a la hora de encontrar pruebas para sancionar los cárteles.

Pues bien, considerando que la gran mayoría de autoridades nacionales cuenta con estos poderes, los investigadores de las MDBs podrían realizar investigaciones paralelas o conjuntas que beneficiarían a todas las partes involucradas. Las MDBs podrían facilitar información a las autoridades nacionales de posibles casos de colusión en sus territorios ya que cuentan con un sistema de denuncias público y eficaz e información única sobre programas que se están licitando en países en desarrollo susceptibles de ser afectados por prácticas sancionables. A su vez, las autoridades nacionales de estos países en desarrollo podrían realizar las investigaciones sorpresa pertinentes para recabar pruebas. Como resultado, las autoridades nacionales tendrían mejor información sobre posibles casos de colusión, y las MDBs podrían tener mejores resultados en sus esfuerzos por la lucha contra la colusión en dichos países.

Claro que el éxito de esta opción de cooperación, enlaza directamente con las ideas expuestas en la primera parte de este artículo, que recuerdan que no solo es necesario que los países en vías de desarrollo cuenten con una normativa y autoridad de competencia, sino que también tienen que contar con la infraestructura, experiencia y adaptabilidad necesarios para que cumplan su misión de manera efectiva en la jurisdicción donde han de actuar.

⁵⁰ <http://www.oecd.org/competition/latinamerica/>.

En segundo lugar, los MDBs y las autoridades de competencia podrían, una vez construida la relación de confianza, apoyarse los unos en los otros en las apelaciones que las partes realizan en sus decisiones. En este sentido, se podría sugerir que las partes participasen como *amicus curiae* en los procedimientos de los que tienen conocimiento y aportar su testimonio de expertos en la materia. Esta posibilidad subsanaría los posibles riesgos exposición de los privilegios e inmunidades de las MDBs en lo que a la utilización como referente a casos nacionales se refiere, toda vez que se respetaría la soberanía e independencia de las autoridades nacionales⁵¹.

Finalmente, el establecimiento de relaciones sólidas entre autoridades nacionales y órganos sancionadores de las MDBs podría instrumentalizarse como una alternativa sancionadora para aquellas situaciones en las que el interés distinto a los de competencia o salvaguarda fiduciaria pudiera prevalecer. En efecto, la posición privilegiada de los MDBs en el diálogo con los gobiernos de los países en los que opera permite solucionar fallos de mercado por distintas vías de forma que si desde la perspectiva sancionadora no resulta posible poner fin a un comportamiento anticompetitivo (ya sea por debilidad institucional de la autoridad de competencia o por falta de medios legales para ello), el conocimiento mutuo del funcionamiento poco competitivo de ese mercado puede favorecer que se exploren vías alternativas (como reformas sectoriales) para limitar los efectos nocivos de esa conducta. En definitiva, no deben minusvalorarse los beneficios de una mayor cooperación entre unidades de *Integrity* de los MDBs y autoridades en materia de competencia en los países en desarrollo que puede redundar también en soluciones *ad hoc* que permitan alcanzar mejoras competitivas en estos mercados.

b) Oportunidades sustanciales

b.1) Tipología de la colusión

En materia de competencia, la legislación sanciona los acuerdos o prácticas concertadas entre competidores con el fin de salvaguardar la existencia de competencia efectiva en los mercados. En base a la experiencia y evolución del análisis legal, en la mayoría de los sistemas de competencia, se ha concluido que se han de sancionar todos los acuerdos o prácticas concertadas que por objeto u efecto restrinjan la competencia, con la salvedad de los casos en los que las eficiencias generadas por dichos acuerdos sobrepasen sus efectos negativos. En el ámbito de la administración pública, la existencia de competencia efectiva en las licitaciones públicas, y por tanto, ausencia de acuerdos colusorios, contribuye a la administración eficiente de los recursos públicos.

⁵¹ Los MDBs como organizaciones públicas internacionales tienen reconocidos por sus países constituyentes privilegios e inmunidades. Con el fin de garantizar los mismos y minimizar su exposición a jurisdicciones nacionales, los sistemas de sanciones tienden a no hacer referencia a jurisprudencia nacional.

Como ha sido mencionado anteriormente, una de las prácticas sancionadas por las MDBs y cuya definición ha sido armonizada entre los organismos sancionadores es la de colusión. En este sentido, se sanciona como colusión «un arreglo de dos o más personas diseñado para lograr un propósito impropio, incluyendo influenciar impropiamente las acciones de otra persona»⁵².

Al observar la tipología de colusión, los actores tradicionales de la comunidad de competencia habrán podido notar que la definición adoptada no casa con las prácticas anticompetitivas sobre acuerdos que se aplican en la mayoría de los sistemas de competencia. Y es que, las definiciones de las prácticas prohibidas se adoptaron con una mentalidad enmarcada dentro del más tradicional pensamiento criminal sin tener en consideración la evolución sobre análisis de mercado que tanto ha influido la legislación en materia de competencia. Además, esta práctica prohibida fue ideada también para sancionar un fraude multi-partes que involucrase a un funcionario público y no estrictamente acuerdos colusorios que afecten al mercado.

En vista de los antecedentes normativos, es preciso señalar que la voluntad de los MDBs de sancionar por colusión esquemas fraudulentos complejos hace incompatible sancionar adecuadamente los esquemas de cartelización o prácticas concertadas tradicionales en los ojos de un experto en materia de competencia. Y es que, como se verá a continuación, el estándar de prueba en los dos ámbitos es diferente, y por tanto, no caben bajo un mismo tipo normativo.

Desde la más tradicional perspectiva en materia de competencia, y sin entrar a analizar los acuerdos desde el punto de vista de la economía dinámica, existe un amplio consenso sobre la necesidad de sancionar aquellos acuerdos cuyo objeto es *per se* restrictivo de la competencia, como es el caso de los acuerdos colusorios en licitaciones públicas (*bid-rigging*).

Esta precisión es importante, ya que la construcción legal y estándar de prueba de los casos de *bid-rigging* no exige necesariamente probar la intención de las partes. En efecto, si se demuestra que hubo un acuerdo o práctica concertada para coludir en una licitación pública, en materia de competencia, la intención (*mens rea*) no es necesariamente relevante, ya que dicho acuerdo restringe o elimina la competencia siempre⁵³. Es más, en los casos de *bid rigging* bien sea con evidencia directa o con evidencia circunstancial, la carga de la prueba se invierte automáticamente por la propia línea de argumentación que dichos casos requieren.

Ahora bien, este mismo escenario que aplica en la tradicional comunidad de competencia es, a día de hoy, difícil de contemplar en los sistemas de sanciones de las MDBs. Consecuentemente, se pierde una gran oportu-

⁵² <http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/ORGANIZATION/ORGUNITS/EXTOFFEVASUS/0,,contentMDK:21299248~menuPK:3726884~pagePK:64168445~piPK:64168309~theSitePK:3601046,00.html>.

⁵³ *United States v. United States Gypsum Co.*, 438 U.S. 422, 446 (1977).

nidad para sancionar debidamente las prácticas que más daño pueden estar causando a las licitaciones públicas de los programas de desarrollo financiados por las mismas.

Bajo la actual definición de colusión de las MDBs, resulta poco cristalino si los acuerdos o prácticas concertadas que por efecto restrinjan la competencia son sancionables o no. En otras palabras, no resulta evidente que bajo la actual tipología se pueda siempre sancionar acuerdos que restrinjan la competencia en el mercado, ya que no se consideran los efectos de dichos arreglos en los mercados. Si además ahondamos en la utilización de la misma tipología para sancionar los esquemas de fraude de múltiples partes, entonces resulta complicado sancionar acuerdos colusorios en los mercados. Y es que la tipología de fraude incluye necesariamente la exigencia de intencionalidad de las partes.

Por tanto, el mismo tipo no puede exigir requisitos diferentes según la práctica que se esté intentando probar. Si de la definición de colusión de las MDBs se entiende que su lenguaje hace referencia al objeto del acuerdo, no se puede asumir que el mismo participio verbal haga referencia a la intencionalidad o *mens rea* de las partes. Intencionalidad de las partes y objeto de un acuerdo no necesariamente coinciden, y en el caso de acuerdos colusorios, como pueden ser los acuerdos concertados, la intencionalidad es difícil o imposible de probar.

En vista de lo anterior, sería recomendable que las MDBs considerasen adoptar una nueva definición de colusión focalizada en los efectos de los mercados, o alternativamente, tratar de enmarcar los esquemas fraudulentos multi-partes dentro de la tipología del fraude y mantener la definición de colusión exclusivamente para los casos tradicionales de competencia. De este modo, se facilitaría el camino hacia la sanción de acuerdos restrictivos de la competencia, que las MDBs, por dificultades probatorias, no sancionan tan habitualmente pese al daño que estos hacen a la economía, especialmente en el caso de los países menos avanzados y con menos recursos financieros para su desarrollo.

b.2) Sinergias de las experiencias multi-jurisdiccionales

Si bien es cierto que los MDBs podrían beneficiarse del refinamiento legal en lo que a la tipología de la colusión se refiere, la comunidad de competencia, y en concreto, las autoridades de competencia, podrían beneficiarse enormemente de las prácticas investigadas por los MDBs, dado el amplio espectro de jurisdicciones que cubren.

Los distintos foros internacionales que reúnen a las autoridades de competencia buscan, entre otros objetivos, que se intercambien experiencias. En este campo, los MDBs cuentan con una amplia experiencia multi-jurisdiccional, que puesta en común con las experiencias de las autoridades nacionales, podrían contribuir a la elaboración de patrones y análisis prác-

ticos para la prevención no solo de acuerdos colusorios, sino también de esquemas más complicados con elementos de colusión y corrupción.

A modo de ejemplo, una de las prácticas más observadas por los MDBs es la implementación de prácticas concertadas y esquemas fraudulentos a través de agentes externos a las empresas licitantes. En efecto, en numerosas ocasiones, al igual que ocurre a nivel nacional, en el campo de los proyectos de desarrollo, las empresas contratan a un agente externo para llevar a cabo diferentes actos de responsabilidad en nombre de la empresa. En este sentido, es bien conocido en el marco de la legislación americana, los llamados *hub and spoke agreements* que son utilizados para cubrir estas situaciones. En el marco de la Unión Europea, a la hora de analizar si una práctica que involucre a un agente es sancionable, es fundamental determinar si se trata de un «agente genuino» o no. En este ámbito, el Tribunal Supremo de Letonia ha remitido recientemente al Tribunal de la Unión Europea una cuestión prejudicial que versa sobre la determinación de si se puede sancionar por *bid-rigging* a las empresas cuando el acuerdo colusorio ha sido implementado por agentes externos que mantienen relaciones comerciales limitadas con dichas empresas ya que no negocian precios en dichas licitaciones⁵⁴.

Pues bien, el escenario que cubre el caso de Letonia, es en el mundo del desarrollo un esquema ampliamente utilizado, particularmente cuando las empresas licitantes son de otra nacionalidad distinta al país donde se licitan las ofertas. Independientemente de la decisión final que emita el Tribunal de la Unión Europea, los MDBs podrían facilitar a las autoridades nacionales multitud de ejemplos que revelan que, de alguna manera, estos esquemas han de ser desmantelados por los efectos que tienen en los mercados. Por tanto, si finalmente el Tribunal de la Unión Europea no considera que existió un cártel, las autoridades nacionales deberían explorar posibles sanciones basadas en el fraude, campo en el que las MDBs tienen una amplia experiencia.

b.3) Evidencia circunstancial y análisis económico

Por último, en lo que a oportunidades en el ámbito sustancial se refiere, tanto las MDBs como muchas las autoridades nacionales de jurisdicciones en desarrollo, tienen el gran reto pendiente de paulatina e incrementalmente ir incorporando análisis económico en sus expedientes sobre acuerdos colusorios.

La naturaleza dinámica del análisis en el ámbito de la competencia ha demostrado que el análisis económico es imprescindible para poder asesorar de manera adecuada y eficaz las prácticas que puedan restringir o elimi-

⁵⁴ <http://at.gov.lv/en/news/about-trials/2014/november/6736-a-preliminary-question-is-referred-to-the-court-of-justice-of-the-european-union-in-the-case-regarding-decision-of-the-competition-council/>.

nar la competencia. Si bien es cierto que es difícil que las MDBs vayan a tener que lidiar con casos en los que haya que determinar si determinados acuerdos verticales son o no anticompetitivos, sí van a tener que enfrentarse a la tediosa tarea de analizar patrones en ofertas de licitaciones públicas. En estos contextos, si bien una formación legal o investigativa puede aportar unos conocimientos mínimos para identificar patrones, las facultades no son las necesarias ni las suficientes para que dichos análisis sean constitutivos de pruebas.

Por ello, es recomendable que tanto las autoridades nacionales como los sistemas de sanciones de las MDBs refuercen la incorporación de economistas que trabajen de manera conjunta con abogados e investigadores para poder construir casos sólidos de colusión.

c) *Oportunidades procesales*

c.1) Programas de clemencia

La comunidad de competencia, con el tiempo, ha dado la razón a la teoría de juegos, y en concreto a la necesidad de utilizar las teorías originarias del dilema del prisionero para luchar contra las prácticas anticompetitivas. Como resultado, la mayoría de sistemas de competencia incluyen entre sus instrumentos para la lucha contra acuerdos anticompetitivos programas de clemencia (*leniency*)⁵⁵. Como es sabido, los programas de clemencia incentivan a las compañías a confesar ante las autoridades de competencia su participación en un cártel y a cooperar suministrando información respecto al mismo, con el fin de obtener inmunidad total o parcial sobre su participación en dicho esquema.

La eficacia de estos programas es incuestionable, incluso cuando la globalización de los sistemas de competencia ha hecho que tanto las autoridades como las empresas sofisticuen sus estrategias de clemencia valorando las eventuales consecuencias multi-jurisdiccionales.

A pesar de la experiencia satisfactoria de los sistemas nacionales de competencia en el uso de programas de clemencia para luchar contra los acuerdos anticompetitivos, los organismos Multilaterales siguen siendo mayoritariamente reacios a su uso. Bajo la premisa de que políticamente las MDBs tienen un compromiso de tolerancia cero hacia la corrupción, la mayoría de los sistemas de sanciones rehúsan la adopción de programas de clemencia, disminuyendo la eficacia de sus sistemas. Y es que muchos de las MDBs consideran que reducir la pena u otorgar inmunidad a un sujeto que ha participado en una práctica prohibida equivale a premiar a agentes corruptos.

A primera vista, la animadversión de los MDBs por incorporar sistemas de clemencia es comprensible. Sin embargo, un análisis más profundo ba-

⁵⁵ www.gwcl.com.

sado en datos demuestra que la negativa de las MDBs a implementar sistemas de clemencia similares a los existentes a nivel nacional no solo ignora el análisis económico y amplia experiencia existente al menos en la lucha contra los acuerdos colusorios, sino que tampoco está justificado desde el punto de vista político. De hecho, consciente de esta necesidad, en 2020 el Banco Mundial adoptó un programa denominado «revelación voluntaria», que es equivalente a los tradicionales programas de clemencia de los sistemas de competencia.

Por un lado, equiparar el uso de programas de clemencia a una renuncia al principio de tolerancia cero hacia la corrupción choca con el hecho de que el 90 por 100 de Estados con sistemas de competencia cuenten con sistemas de clemencia al menos en materia de competencia. Por ello, resulta difícil que los Estados miembros de estos MDBs pudieran oponerse a la adopción de un programa de clemencia similar al que tienen en sus países y que a menudo son aplicados por agencias sub-ministeriales dependientes del ejecutivo.

Por último, considerando los datos económicos que afirman la eficacia del uso de programas de clemencia, sería contrario a las obligaciones fiduciarias de los MDBs negarse la posibilidad de utilizar un instrumento que permitiría detectar acuerdos tan perjudiciales para el desarrollo económico como lo son los acuerdos colusorios en licitaciones públicas, máxime cuando estas licitaciones están destinadas a un objetivo tan loable como es el desarrollo de los países más pobres. Solamente en 2014, se licitaron aproximadamente USD 44.400 millones de préstamos del Banco Mundial, y USD 13.843 millones de préstamos del BID⁵⁶, y sería ingenuo suponer que estas licitaciones no se vieron afectadas por acuerdos colusorios.

Finalmente, tanto el programa del Banco Mundial, así como otros sucesivos que esperemos en el futuro adopten otros MDBs, como los programas de clemencia nacionales podrían mejorarse y beneficiarse mutuamente si como parte de las aplicaciones a dicha clemencia se incluyesen cláusulas por las cuales se dispensase a las autoridades relevantes a compartir información con las MDBs y viceversa (es decir, si se hicieran extensibles los *waivers* entre autoridades de competencia nacionales y las unidades de Integrity de los MDBs).

Si bien se podría argumentar que la inserción de estas dispensas podría actuar como incentivos inversos a los perseguidos por los programas de clemencia, lo cierto es que la existencia de estos programas en múltiples jurisdicciones ya ha tenido efectos, tanto en la estrategia de las multinacionales, como en las estrategias de las autoridades relevantes particularmente considerando la naturaleza voluntaria de estas dispensas. Cabe, por tanto, concluir que una mayor cooperación entre las MDBs y las autoridades na-

⁵⁶ <http://www.icex.es/icex/es/navegacion-principal/todos-nuestros-servicios/informacion-de-mercados/estudios-de-mercados-y-otros-documentos-de-comercio-exterior/DOC2015412824.html>. De hecho, más de USD 380 millones (57 contratos) del BM fueron adjudicados a empresas españolas y casi USD 340 millones de dólares (77 contratos) en el caso del BID.

cionales en el ámbito de los programas de clemencia no haría sino sumar fuerzas en la lucha contra estas prácticas anticompetitivas.

4. BANCOS ABIERTOS O *KNOWLEDGE SHARING*

La última vertiente de los MDBs que puede ayudar al progreso económico está relacionada con la naturaleza de las Multilaterales como organismos de datos para poder operar como bancos de soluciones adaptadas a las necesidades de cada cliente. En otras palabras, la experiencia de los MDBs a través de proyectos y resto de actividades que realizan hace que estos organismos sean grandes centros de datos, que de ser compartidos y utilizados eficazmente, pueden con su mera existencia contribuir a avanzar la agenda de competencia dentro de las prioridades del desarrollo económico en general.

La realidad es que los MDBs se vienen esforzando notablemente en los últimos años en intentar que la información sobre los mismos sea accesible, especialmente a través de sus páginas web. Así, por ejemplo, el Banco Interamericano de Desarrollo mantiene una política de acceso a la información que intenta maximizar la transparencia de sus operaciones, siendo muy escasos los datos que no se hacen públicos.

Pues bien, en línea con la trayectoria de maximizar la información que los MDBs ofrecen a la Comunidad Internacional interesada en el desarrollo, sería recomendable que las Multilaterales se transformasen en verdaderos bancos abiertos cuya información no solo fuese accesible, sino también sistematizada para facilitar análisis derivados de la misma.

Desde el punto de vista de la competencia, son dos los ámbitos que podrían beneficiarse enormemente de la sistematización de la información de los MDBs, a saber: la alineación con otros organismos de desarrollo y el análisis económico a través de los datos de licitaciones públicas.

A. ALINEACIÓN CON OTROS ORGANISMOS DE DESARROLLO

Como señalaba la introducción de este artículo, en el 2015 la Comunidad Internacional se ha comprometido a focalizar sus esfuerzos para que los Objetivos de Desarrollo Sostenible sean un éxito.

Desde la perspectiva de competencia, con el objetivo de maximizar los esfuerzos con los países en vías de desarrollo, sería muy beneficioso que cada MDB aglutinase bajo un mismo techo todos sus esfuerzos en materia de competencia que abarcasen desde los documentos sobre licitaciones públicas, proyectos y cooperaciones técnicas. La sistematización y ordenación de esta información facilitaría considerablemente el diálogo con otras instituciones como puede ser UNCTAD o la OCDE. Sobre todo, ayudaría a encontrar puntos de encuentro y oportunidades para una cooperación más eficaz en la materia.

Adicionalmente, la existencia de esta información facilitaría la labor de la comunidad de competencia para investigar y explorar más detalladamente la dinámica entre políticas de competencia y desarrollo. En efecto, muchas de las cuestiones que se han venido señalando a lo largo de este artículo podrían ser objeto de mayor estudio a través de la información proporcionada por los MDBs.

B. DATOS DE *PROCUREMENT*

Pero no solo la información sobre competencia contribuiría a la comunidad internacional. Uno de las grandes ventajas con la que cuentan los MDBs son los datos sobre licitaciones públicas, que se podrían sistematizar por sectores, mercados, países y regiones.

Por un lado, el estudio de la información sistematizada sobre licitaciones públicas podría contribuir a la búsqueda de soluciones innovadoras para la detección de cárteles, como la identificación de patrones internacionales e intersectoriales.

Por otro lado, el análisis económico de dichos datos permitiría elaborar cálculos más precisos sobre el coste de los acuerdos colusorios en los mercados. De este modo, posteriormente se podrían estimar los daños generados por los cárteles sancionados tanto por los MDBs como por las autoridades nacionales. La publicación de estos datos contribuiría a disuadir a las empresas de cometer prácticas anticompetitivas, y es más, incluso podría favorecer la reclamación de daños y perjuicios no solamente por terceras partes, todo lo cual redundaría en una mayor cultura de la competencia también en los países en desarrollo, favoreciendo en estos el desarrollo de un sector privado sostenible en línea con los objetivos de la Agenda 2030.

5. CONCLUSIÓN

En un marco conducente a lograr el éxito de los Objetivos Sostenibles de Desarrollo, el análisis presentado en este artículo ha tratado de ofrecer una visión condensada del papel que desempeñan los MDBs a la hora de avanzar las agendas de políticas de competencia en los países en vías de desarrollo, y de presentar los instrumentos con los que cuentan para tal fin. Además, como parte de dichos instrumentos, el artículo repasa los sistemas sancionadores de los MDBs, resaltando oportunidades para una mayor colaboración entre la comunidad internacional y la comunidad de competencia en vista de la necesidad de garantizar el uso eficiente de unos recursos financieros actualmente muy limitados, asegurando el cumplimiento de sus respectivas misiones en materia de desarrollo sin merma de recursos por la vía de prácticas anticompetitivas en la ejecución de sus proyectos.

Como se ha expuesto a lo largo de este estudio, la política de competencia, desde las distintas vertientes de asesoramiento, régimen sancio-

nador y promoción, forma parte del amplio conjunto de instrumentos de los que disponen los MDBs para contribuir al desarrollo económico de los países clientes con los que trabajan. El objetivo último es asegurar que estos países se beneficien de una mayor competencia a través de mercados abiertos y contestables y sean capaces de atraer al sector privado a sectores claves en los que se necesitan grandes inversiones. Su relevancia dentro del conjunto de instrumentos debe ser necesariamente creciente, especialmente en un contexto de crisis económicas en las economías desarrolladas que ha puesto de manifiesto la escasez de recursos públicos para el desarrollo y la necesidad de movilizar nuevos recursos, principalmente del sector privado, para alcanzar los objetivos de desarrollo en las economías más pobres. La política de competencia constituye en este nuevo contexto un pilar fundamental para crear un entorno propio e incentivador de las inversiones privadas y asegurar que los beneficios de mayor crecimiento y productividad redundan en el bienestar de la sociedad en su conjunto.

Por tanto, la relación entre una política de competencia eficaz y la lucha contra la desigualdad debe ser explorada y explotada al máximo por los responsables políticos y las instituciones que luchan por una sociedad más próspera e igualitaria. Sin embargo, a menudo pasa desapercibida la importancia de esta herramienta en los países en desarrollo y la existencia de conductas anticompetitivas derivadas de estructuras ineficientes puede mermar la capacidad de los países para atraer nuevas inversiones privadas que resultan fundamentales para fortalecer su tejido productivo. La mera percepción de entornos poco competitivos por la ausencia de un *level playing field* puede condicionar el proceso de movilización de recursos privados, retrasando o impidiendo su contribución al desarrollo de estas economías. De hecho, la evidencia empírica demuestra que el efecto positivo de una política activa de competencia es especialmente relevante en países de bajos ingresos ya que contribuye a que exista una percepción de menores niveles de corrupción y de mayor potencial de la inversión privada.

El éxito de los recientemente acordados Objetivos Sostenibles de Desarrollo dependerá, en alta medida, de la capacidad de la ayuda al desarrollo para facilitar y consolidar el sector privado en los países más pobres. En este contexto, las políticas de competencia no solo adquieren una gran importancia desde el punto de vista teórico, sino práctico también. Como bien ha resaltado el Banco Asiático de Desarrollo, «la aplicación adecuada de políticas de competencia incrementa el atractivo de una economía de cara a la inversión extranjera, y al mismo tiempo, contribuye a maximizar los beneficios que se derivan de dicha inversión»⁵⁷.

Por todo lo expuesto anteriormente, cabe concluir que resulta evidente la imperiosa necesidad de que tanto los organismos internacionales dedicados al desarrollo económico, como los expertos en competencia presten mayor atención a la relación entre desarrollo económico y políticas de competencia. Así, los países en vías de desarrollo podrán beneficiarse

⁵⁷ *Asian Development Outlook 2005*, Asian Development Bank, 2005, p. 270.

enormemente del conocimiento de la comunidad de competencia filtrado por medio de los instrumentos financieros de los MDBs. Y es que, como destacó LEWIS en su famoso libro sobre el poder de la productividad, las «verdaderas grandes» distorsiones a la competencia se encuentran en los países pobres⁵⁸.

⁵⁸ W. W. LEWIS, «The Power of Productivity: Wealth, Poverty, and the Threat to Global Stability», *The University of Chicago Press*, 2005.

ORÍGENES, EVOLUCIÓN Y PERSPECTIVAS DE LA LUCHA CONTRA LOS CÁRTELES EN LA UNIÓN EUROPEA

José Manuel ORDÓÑEZ DE HARO *

Departamento de Teoría e Historia Económica y Cátedra de Política de Competencia,
Universidad de Málaga

Joan-Ramon BORRELL **

Universitat de Barcelona, Departamento de Política Económica - Institut d'Economia
Aplicada (IREA) - Grup de Governos i Mercats (GiM)

Juan Luis Jiménez ***

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Facultad de Economía, Empresa y Turismo

1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se observa un claro avance en la detección, desestabilización y sanción de los cárteles que operan en la Unión Europea, que ha conllevado una significativa mejora en la efectividad de la política de competencia comunitaria, ya que uno de los principales pilares sobre los que descansa esa efectividad es una política activa de lucha contra los cárteles (BORRELL y JIMÉNEZ, 2008).

Este progreso es el resultado de una serie de importantes reformas experimentadas en el marco normativo y en los instrumentos a disposición de la Comisión Europea, cuyo objetivo primordial ha sido promover el colapso de los cárteles (programa de clemencia), la agilización de trámites, la aplicación de procedimientos emprendidos contra los cárteles más transparentes, y el endurecimiento en el tratamiento que reciban sus miembros (sobre todo mediante el aumento de las multas asignadas), fortaleciendo el efecto disuasorio que tienen las decisiones sancionadoras adoptadas.

El análisis de las reformas acometidas en la política anti-cárteles de la Unión Europea, en estos más de cincuenta años, requiere una revisión de

* **Autor de contacto:** Pl. El Ejido, s/n. 29013. Málaga. jmoh@uma.es; tel.: +34 952 131 254.

** Carrer John M. Keynes 1-11, Spain; y, Universidad de Navarra, IESE Business School, Public-Private Sector Research Center. jrborrell@ub.edu; tel.: +34 934 039 722.

*** Despacho D. 2-12. 35017. Las Palmas de Gran Canaria; tel.: +34 928 458 191. juanluis.jimenez@ulpgc.es.

los hitos más relevantes en ese proceso de modernización de la defensa de la competencia frente a estas prácticas anticompetitivas. En particular, a efectos expositivos, este trabajo sigue un orden cronológico de los cambios introducidos en la política de competencia comunitaria y su repercusión en la lucha contra los cárteles, distinguiendo tres periodos¹. El primero de ellos se caracteriza por ser una etapa en la que la Comisión Europea se habría mostrado excesivamente indulgente con los cárteles descubiertos, evidenciando en sus decisiones un elevado grado de discrecionalidad, favorecida por la falta de concreción en las disposiciones que deberían guiar sus juicios. Este periodo abarca desde 1962, año en el que se produce la aplicación efectiva de las normas de competencia incluidas en el Tratado de Roma, hasta el año 1995.

El segundo periodo tiene su punto de partida en 1996, año en el que se produce la instauración del primer programa de clemencia comunitario, y abarcaría hasta 2005, momento en el que se empiezan a dar pasos firmes hacia la compatibilización de la aplicación pública y privada de las normas *antitrust*, fomentando e incentivando la reclamación de los daños o perjuicios por parte de las víctimas de los comportamientos anticompetitivos y, en concreto, de los cárteles.

Esta segunda etapa destaca por la introducción de las principales disposiciones e instrumentos que condujeron a la modernización de la política de competencia en la Unión Europea. En este sentido merece especial mención, no solo el programa de clemencia y su revisión en el año 2002, sino también la publicación en 1998 de las primeras Directrices para el cálculo de las multas impuestas por ilícitos *antitrust* que permiten que las decisiones de la Comisión Europea, en este contexto, sean más predecibles y transparentes.

Destaca también, por sus importantes consecuencias para el sistema de aplicación de las normas de competencia en el ámbito comunitario, la entrada en vigor del Reglamento 1/2003. Este Reglamento implica la simplificación de los procedimientos seguidos por infracciones de los arts. 81 y 82 del TCE (actuales arts. 101 y 102 del TFUE) y, lo que es más importante, la descentralización en la aplicación de dichos artículos, que hasta entonces era potestad exclusiva de la Comisión Europea, al facultar a las autoridades y tribunales competentes de los Estados miembros para su aplicación.

El último periodo (2006 hasta la actualidad) se caracteriza por incluir una serie de iniciativas dirigidas a perfeccionar instrumentos o mecanismos empleados previamente, como es la publicación de unas nuevas Directrices para el cálculo de sanciones o la segunda revisión del programa de clemencia, ambas en el año 2006, así como mejoras destinadas a simplificar y agilizar los procedimientos administrativos contra los cárteles, como re-

¹ Puede consultarse también MCGOWAN (2009) para un enfoque alternativo en el establecimiento de los distintos periodos relevantes en la lucha contra los cárteles, basándose en la valoración de los resultados alcanzados y las circunstancias que rodearon la persecución de estas conductas anticompetitivas.

sulta de la adopción del «paquete de medidas de transacción» (*settlements package*) en el año 2008. El análisis de esta etapa concluye con la consideración de las implicaciones que tiene, para la aplicación de la política de competencia en la Unión Europea y, particularmente, para la lucha contra los cárteles, la aprobación en el año 2014 de la Directiva europea de daños por conductas anticompetitivas.

El presente estudio permite evaluar la política anti-cárteles en cada una de las etapas anteriores, en términos del número de decisiones sancionadoras dictadas y cuantía de las multas impuestas a los participantes en los cárteles desmantelados. Más específicamente, desde la entrada en vigor del programa de clemencia, se constata un importante incremento en ambos indicadores. Al sostenimiento de estos resultados positivos ha contribuido, en los últimos tiempos, la revisión del programa de clemencia, así como la aplicación del procedimiento de transacción (*settlement procedure*), logrando la consolidación del éxito del programa de clemencia en la desestabilización de los cárteles y en la provisión de pruebas que posibiliten acreditar estas infracciones, permitiendo penalizarlas en consonancia con la extrema gravedad de los efectos que tienen para la competencia y los consumidores.

Tras esta introducción, los apartados segundo, tercero y cuarto presentan la evolución de la política anti-cárteles en la Unión Europea a lo largo de cada uno de los tres periodos considerados. Finalmente, el quinto apartado incluye las conclusiones del trabajo.

2. COMIENZOS Y PRIMEROS DESARROLLOS DE LA POLÍTICA COMUNITARIA ANTI-CARTEL: PERIODO 1962-1995

El origen de la política de competencia en la Unión Europea se encuentra en las disposiciones contenidas en el Tratado de Roma constitutivo de la Comunidad Económica Europea (CEE) de marzo de 1957. Así, el art. 3.1.g) establece que, para alcanzar los fines fundamentales perseguidos en el Tratado, la acción de la Comunidad buscará la consecución de un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en el mercado interior. El Tratado atribuye la facultad de velar por la aplicación de sus disposiciones, formular recomendaciones y emitir dictámenes a la Comisión Europea.

Las normas comunitarias de la competencia se materializaron en los arts. 85 al 94 del Tratado (en la actualidad arts. 101 a 109 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE)². En cuanto a

² La normativa en materia de competencia además incluye lo que establezcan los Reglamentos del Consejo y la Comisión, así como las comunicaciones y directrices emitidas por esta, aunque estas últimas no son jurídicamente vinculantes y sirven meramente como orientaciones. Asimismo, hasta su expiración en el año 2002, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) de 18 de abril de 1951 establecía, en su art. 65, prohibiciones o consideraciones análogas para las conductas anticompetitivas existentes en estos mercados. Los casos de cartel en los que se

la tipificación de la conducta anticompetitiva consistente en un cartel, el art. 85 del Tratado (actualmente art. 101 del TFUE) en su apartado 1 prohíbe «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 [...]». No obstante, en el apartado 3 del art. 85 contempla que no sea aplicable la anterior prohibición cuando los acuerdos «contribuyan a mejorar la producción o 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, y b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate». En cualquier caso, dada la naturaleza de las conductas consistentes en cárteles, es muy improbable que estos ilícitos se vieran beneficiados por esta excepción³.

La aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado (actuales arts. 101 y 102 del TFUE) solo se hizo efectiva a partir del 21 de febrero de 1962, con la entrada en vigor del Reglamento del Consejo núm. 17/62⁴. Este Reglamento otorgaba a la Comisión un papel central como autoridad encargada de hacer cumplir los mencionados artículos, reconociéndole la potestad de iniciar investigaciones, adoptar decisiones e imponer sanciones y soluciones a las distorsiones de la competencia (MCGOWAN, 2009; CARREE, GÜNSTER y SCHINKEL, 2010).

Asimismo, el Reglamento núm. 17/62 exigía a los participantes en acuerdos, decisiones o prácticas concertadas de las incluidas en el apartado 1 del art. 85, que pretendieran la aplicación de la exención contemplada en el apartado 3 de dicho artículo, la notificación previa de los mismos a la Comisión, que sería quien decidiría formalmente si los autorizaba (o no). Además, para aquellos participantes en acuerdos, decisiones y prácticas ya existentes a la fecha de entrada en vigor del Reglamento, se les fijaba el 1 de agosto de 1962 como fecha límite para que realizaran la notificación.

El sistema instaurado por el Reglamento estaba basado, por tanto, en el control centralizado de la implementación de los arts. 85 y 86, y en la exigencia de autorizaciones previas para la aplicación de exenciones. Estos elementos provocaron serios retrasos en la tramitación y terminación

aplicó este art. 65 del Tratado de la CECA fueron *COMP/C.38.907 - Steel Beams*, en la decisión de la Comisión de 16 de febrero de 1992, *IV/35.814 - Extra de aleación*, decisión de 21 de enero de 1998, y en el caso *C.37.956 - Reinforcing bars*, decisión de 17 de diciembre de 2002.

³ Así se desprende, por ejemplo, del 10.º Informe sobre Política de Competencia publicado en 1980, en el que la Comisión establece que los cárteles son una categoría de infracciones manifiestas en virtud del apartado 1 del art. 81, que son casi siempre imposibles de eximir en virtud del apartado 3 del art. 81, debido a la falta total de beneficio para el consumidor que supondría dicha excepción.

⁴ Reglamento núm. 17: Primer Reglamento de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado, OJ 204/62, de 21 de febrero de 1962.

de los expedientes, con la consiguiente acumulación de casos, ya que las notificaciones ocupaban una gran parte del trabajo de la Dirección General de Competencia (DG IV). Esta situación obligó a la Comisión a centrarse básicamente en aquellos casos que, a su entender, eran prioritarios.

Ante este problema, la Comisión intentó reducir el número de casos, y acelerar la resolución de los mismos, llevando a cabo distintas iniciativas como la creación y aplicación de varios reglamentos de exención por categorías⁵, la utilización de las llamadas «cartas administrativas»⁶, o la introducción de comunicaciones sobre acuerdos de menor importancia que no afectaban considerablemente a la competencia⁷.

El régimen sancionador aplicable a las infracciones contenidas en el apartado 1 del art. 85, y en consecuencia a los cárteles, se encontraba recogido en el apartado 2 del art. 15 del Reglamento núm. 17/62 que disponía que, mediante una decisión, la Comisión podía imponer a cada una de las empresas o asociaciones de empresas que hubiesen participado en la infracción, multas de entre mil y un millón de ecus, o por un valor superior que no excediera el 10 por 100 del volumen de negocios alcanzado por la infractora durante el ejercicio económico anterior. Este precepto añadía, finalmente, que el criterio para fijar la sanción debería atender a la gravedad y a la duración de la infracción⁸.

Esta disposición tan general o, en otras palabras, la ausencia en el Reglamento de una exposición detallada con parámetros concretos que seguir para fijar las multas, dejaba a la interpretación de la Comisión la valoración de la gravedad y duración de las infracciones, y, consecuentemente, la política sancionadora. De hecho, la discrecionalidad de la Comisión se tradujo en un tratamiento excesivamente indulgente con los cárteles durante los años sesenta y setenta del siglo xx.

⁵ *Commission Regulation 2349/84/EEC of 23 July 1984 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to certain categories of patent licensing agreements; Commission Regulation 417/85/EEC of 19 December 1984 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of specialization agreements; Commission Regulation 418/85/EEC of 19 December 1984 on the application of Article 85 (3) of the Treaty to categories of research and development agreements.*

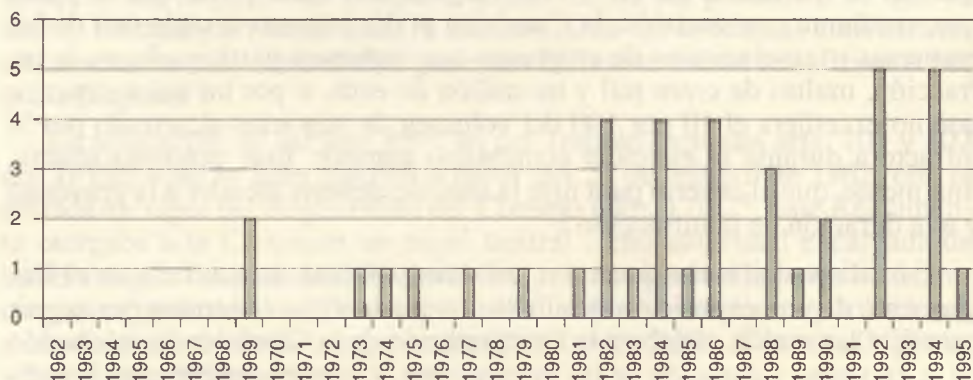
⁶ Las «*comfort letters*» se remitían a los notificantes del acuerdo, decisión o prácticas, informándoles de la posición adoptada por la Comisión Europea, sin que esta emprendiera ningún paso adicional. En estos casos, la Comisión en algunas ocasiones emitía un comunicado en el *Diario Oficial de la Comunidad Europea* para recibir comentarios respecto a su postura, y en otras podía hacer pública la «*comfort letter*» mediante una nota de prensa o una mención en el informe anual sobre política de competencia. Por tanto, estas «cartas» constituían un mecanismo alternativo al proceso de adopción de una decisión formal respecto a las notificaciones estipulado en el Reglamento.

⁷ A la primera comunicación de la Comisión en el año 1970, *Notice on Agreements of Minor Importance* («*De minimis notice*»), le siguieron otras en el mismo sentido, como las publicadas en los años 1977, 1986, 1994 o 2001 (RITTER y BRAUN, 2005).

⁸ La exención de aplicación del Reglamento núm. 17 a determinados sectores como el transporte, se suplía con las normas para la aplicación de los arts. 85 y 86 contenidas en otros Reglamentos como el Reglamento del Consejo (CEE) núm. 1017/68, de 28 de noviembre de 1962, para el transporte terrestre; o el Reglamento del Consejo (CEE) núm. 4056/86, de 22 de diciembre de 1986, para el transporte marítimo. Las disposiciones contenidas en este último Reglamento se aplicaron, por ejemplo, para sancionar un cartel en la decisión de la Comisión de 1 de abril de 1992 en el caso IV/32.450: *French-West African shipowners' committees*, o en la adoptada el 30 de octubre de 1996 en el caso IV/34.503 - *Ferry operators - Currency surcharges*.

En ese intervalo de tiempo, aun declarándose acreditada la existencia de los cárteles, generalmente solo se exigía el cese de la conducta sin establecer sanción alguna a los infractores. Así, la primera decisión sancionadora tuvo lugar en el año 1969 en el caso *IV/26.623 - Entente internationale de la quinine*⁹, en el que la Comisión multó a seis empresas con una sanción total de 500.000 ecus por haber acordado los precios y descuentos a la exportación de la quinina y la quinidina, el reparto de los mercados nacionales, el establecimiento de un sistema de cuotas y de compensación, así como la limitación de la producción de quinidina. A esta decisión le siguieron hasta 1980 seis decisiones sancionadoras más (véase Figura 1).

Figura 1. Decisiones sancionadoras de cárteles en el periodo 1962-1995



Fuente: elaboración propia a partir de la información en la DG Competencia, Comisión Europea.

La Comisión modificó su proceder a partir del año 1980, anunciando una política mucho más severa a la hora de sancionar infracciones de las normas comunitarias de la competencia y, en particular, los cárteles (GERADIN y HENRY, 2005). Concretamente, este cambio se hace más evidente en el año 1994 cuando se alcanzaron las sanciones más elevadas impuestas a diferentes cárteles, destacando las fijadas en la Decisión del 11 de noviembre de 1994, en los casos *IV/33.126 and 33.322 - Cement*, con una sanción total de, aproximadamente, 246,7 millones de ecus a 42 empresas y asociaciones pertenecientes a 15 países distintos que operaban en el mercado del cemento.

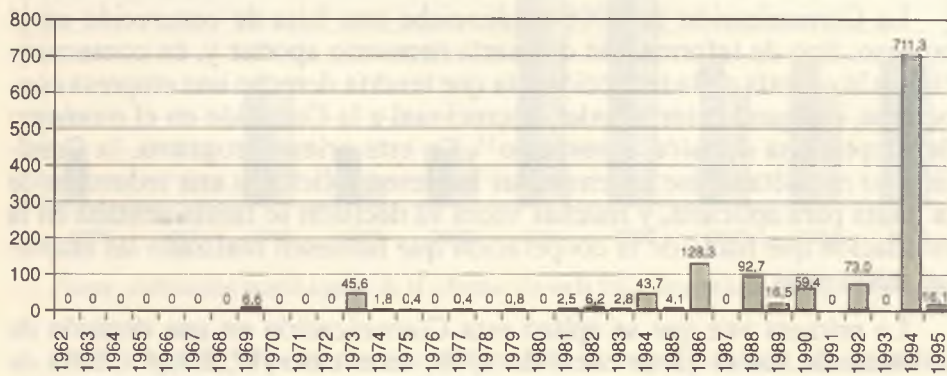
En la Figura 2 se ilustra la evolución del importe total de las sanciones establecidas en cada año perteneciente a este primer periodo, expresadas en euros constantes del año 2010, para los 39 cárteles sancionados. El importe promedio deflactado para todo el periodo es de 35,65 millones de euros.

No obstante, si dividimos esta etapa en dos subperiodos, observamos que el importe total promedio de las sanciones fijadas entre 1962 y 1980

⁹ OJ L 192/5, 5 de agosto de 1969.

apenas alcanzó los 2,93 millones de euros por año, mientras que entre los años 1981 y 1995 dicho importe anual superó los 77 millones de euros, lo que demuestra el cambio antes descrito hacia una mayor severidad de la política sancionadora por parte de la Comisión. En cualquier caso, como veremos a continuación, la cuantía de las sanciones establecidas a lo largo de este periodo se encuentra muy por debajo de la fijada para los cárteles sancionados en las siguientes etapas.

Figura 2. Suma importe total de las multas por año en el periodo 1962-1995 (millones de euros, deflactado euros 2010)¹⁰



Fuente: elaboración propia a partir de la información en la DG Competencia, Comisión Europea.

3. MODERNIZACIÓN MEDIANTE LA INTRODUCCIÓN DE NUEVOS MEDIOS Y MECANISMOS: PERIODO 1996-2005

Esta etapa comienza marcada por la introducción del primer programa de clemencia comunitario, desarrollado en la «Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los casos de cárteles» del 18 de julio de 1996¹¹. Esta Comunicación determinaba las condiciones bajo las cuales las empresas que cooperaran en el marco de una investigación podrían quedar exentas o beneficiarse de una reducción de la multa que, en caso contrario, les habría correspondido pagar. De esta manera, se pretendía incitar a la ruptura del «código de silencio» existente entre los miembros de los cárteles¹² y, tal y como han confirmado BORRELL, JIMÉNEZ y GARCÍA (2014), convertirse en un instrumento que aumentara significativamente la efectividad de la política de competencia.

Este primer sistema de clemencia se caracteriza por introducir las líneas maestras sobre las que se basarán posteriores comunicaciones de la

¹⁰ Utilizado el deflactor del Producto Interior Bruto facilitado por el Banco Mundial, con base 2010.

¹¹ OJ C 207, 18 de julio de 1996.

¹² Este programa estaba claramente inspirado en el que operaba en los Estados Unidos desde el año 1993 (WILS, 1997).

Comisión (BORRELL, JIMÉNEZ y ORDÓÑEZ DE HARO, 2015a). El programa establece una gradación en la potencial reducción en la sanción de la que se beneficiaría la empresa cooperante en función, fundamentalmente, del momento en que proporcionara la información determinante. Así, para la primera empresa que aportara pruebas relevantes, se le garantizaba como mínimo una reducción en la sanción del 75 por 100 si lo hiciera antes de que la Comisión hubiese iniciado la investigación, y de entre el 50 y el 75 por 100 si su aportación era después de iniciarse dicho proceso. Por último, se aseguraba a las empresas una reducción en la sanción de entre el 10 y el 50 por 100 por el hecho de cooperar con la Comisión.

La Comunicación de 1996 evidenciaba una falta de concreción en el proceso, tipo de información que sería necesario aportar y, en consecuencia, en la cuantía de la reducción a la que tendría derecho una empresa cooperante, otorgando cierto poder discrecional a la Comisión en el momento de adoptar una decisión al respecto¹³. En este primer programa, la Comisión no necesitaba que las empresas hubiesen solicitado una reducción de la multa para aplicarla, y muchas veces su decisión se fundamentaba en la evaluación que hacía de la cooperación que hubiesen realizado las empresas infractoras.

La primera vez que se aplicó esta Comunicación en una decisión de la Comisión fue el 21 de enero de 1998, en el caso *IV/35.814 - Extra de aleación*, en el que se concedieron reducciones del 10 por 100 a todas las empresas implicadas, excepto a dos a las que se les concedió un 40 por 100¹⁴. Debe significarse, no obstante, que la Comisión había decidido previamente aplicar por «analogía» el programa de clemencia a dos casos en los que la cooperación había tenido lugar antes de la vigencia del programa, por lo que legalmente no le era aplicable, justificándose por una extensión del *ratione temporis*¹⁵.

Tal y como muestra la Figura 3, desde 1998 en adelante, el programa de clemencia se aplica de forma muy mayoritaria en casi todos los cárteles descubiertos y sancionados en la UE. La mayor parte de las decisiones en las que se aplicó el programa de clemencia de 1996 se concentraron en los años 2001 y 2002, con un total de 18 decisiones en conjunto para ambos

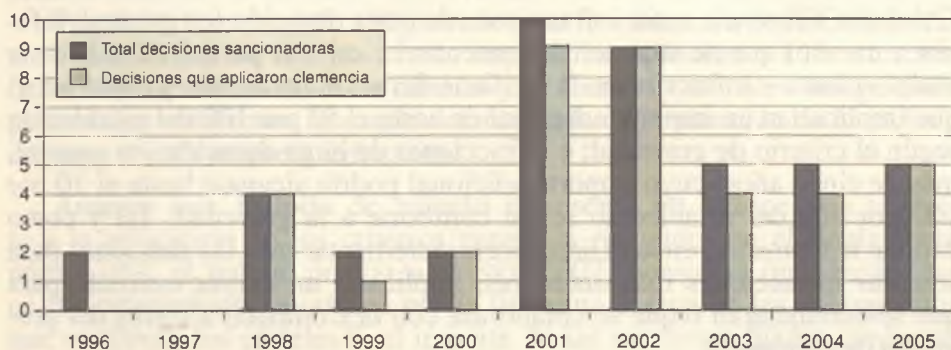
¹³ Un ejemplo de esta discrecionalidad fueron las reducciones aplicadas a los miembros de los cárteles en virtud de la Sección D de la Comunicación cuando, simplemente, no se opusieran al contenido esencial del pliego de cargos. Así, en la Decisión de 21 de octubre de 1998 en el caso *IV/35.691/E-4 - Pre-Insulated Pipe Cartel*, la Comisión concedió una reducción del 20 por 100 a dos miembros por su no oposición al pliego. En otras decisiones, como en los casos *COMP/E-1/36.490 - Graphite electrodes*, de 18 de julio de 2001, o *COMP/36.571/D-1 Austrian banks - «Lombard Club»*, de 11 de junio de 2002, la reducción por ese mismo motivo se estableció en el 10 por 100; mientras que en la Decisión de 20 de octubre de 2004 en el caso *COMP/C.38.238/B.2 Raw Tobacco Spain*, por este apartado de la Sección D, las empresas recibieron reducciones comprendidas entre el 20 y el 40 por 100.

¹⁴ Posteriormente, en la re-adopción de esta decisión, el 20 de diciembre de 2006, se le concedió también a una de ellas un 20 por 100 de reducción en lugar del 10 por 100.

¹⁵ Decisiones de la Comisión de 14 de octubre de 1998 relativa al caso *IV/F-3/33.708 - British Sugar* y de 16 de mayo de 2000, en el caso *IV/34.018 - Far East Trade Tariff Charges and Surcharges Agreement (FETTCSA)*.

años. Este hecho podría explicarse por el gran éxito experimentado en los primeros años de la introducción del programa en términos de solicitudes de clemencia. De manera que, dada la duración promedio de las investigaciones¹⁶, aquellas que fueron finalmente aceptadas se vieron reflejadas en decisiones sancionadoras en los años mencionados.

Figura 3. Decisiones sancionadoras de cárteles en el periodo 1996-2005



Fuente: elaboración propia a partir de la información en la DG Competencia, Comisión Europea.

Otro progreso importante en este periodo es la publicación, en enero de 1998, de las «Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del art. 15 del Reglamento núm. 17 y del apartado 5 del art. 65 del Tratado CECA» por parte de la Comisión¹⁷. Estas directrices constituyen la primera vez que la Comisión plantea un método claro donde se explican los pasos para la fijación de una sanción, diferenciando distintas fases para obtener los consiguientes montantes¹⁸. Específicamente, la primera fase se centra en calcular el «importe básico» calculado a partir de la suma de los importes resultantes de aplicar los criterios de gravedad y duración, pero con la novedad de establecer una clasificación de las infracciones para cada uno de estos criterios.

Así, con respecto al criterio de gravedad, la Comisión distingue entre infracciones leves, graves y muy graves, estableciendo un rango de probables sanciones en cada caso. En el apartado de infracciones muy graves considera que estas serán generalmente restricciones horizontales como cárteles de precios y cuotas de reparto de los mercados u otras prácticas que pongan en peligro el correcto funcionamiento del mercado interior, como las destinadas a compartimentar los mercados nacionales o los abusos de posición dominante de empresas que, prácticamente, actúan como monopolios. Las sanciones previstas para estas infracciones superarían los 20 millones de

¹⁶ La duración promedio de los procedimientos, desde el inicio de la investigación de la existencia de un cartel hasta la decisión final de la Comisión, se encontraría ligeramente por encima de los cuatro años (BORRELL, JIMÉNEZ y ORDÓÑEZ DE HARO, 2015b).

¹⁷ OJ C 9/3, 14 de enero de 1998.

¹⁸ Hasta ese momento, la Comisión había recibido importantes críticas por su inicial enfoque de aplicación *ad hoc* de las sanciones (MORGAN, 2009).

ecus. Además, el importe de base se podía incrementar teniendo en cuenta la capacidad económica efectiva de los infractores para dañar a otros operadores y, particularmente, a los consumidores, hasta niveles que aseguraran un carácter «suficientemente disuasorio» para la multa. Por consiguiente, si comparamos con lo establecido en el Reglamento núm. 17/62, estas Directrices suponen reforzar las sanciones para las infracciones más dañinas.

En esta misma línea, en lo relativo a la duración de la infracción, la Comisión diferencia entre infracciones de corta duración (en general, inferior a un año) que no suponen incrementar el importe para el cálculo de la multa «básica»; infracciones de mediana duración (entre uno y cinco años) que implicarían un importe adicional de hasta el 50 por 100 del establecido según el criterio de gravedad; e infracciones de larga duración (en general, más de cinco años) cuyo importe adicional podría alcanzar hasta el 10 por 100 por año del establecido según conforme a la gravedad. Tal y como expone la Comisión en las Directrices, incrementar más las sanciones para aquellas infracciones más duraderas, implicaría un mayor estímulo para que se denunciaran o que se colaborase con la Comisión a través del programa de clemencia.

Una vez obtenida la cuantía básica de la sanción, la Comisión aplica las posibles circunstancias agravantes y atenuantes que servirían para aumentar y reducir, respectivamente, el importe de base. Entre las circunstancias agravantes se encuentran recogidas explícitamente: la reincidencia en el mismo tipo de infracción de la(s) misma(s) empresa(s); la denegación de toda cooperación, o tentativa de obstrucción de la investigación; haber desempeñado un papel de líder, o instigador de la infracción; la adopción de represalias contra otras empresas con el fin de hacer «respetar» las decisiones o prácticas ilícitas; y cuando sea necesario incrementar la sanción para superar el importe de las ganancias ilícitas obtenidas gracias a la infracción, siempre que estas ganancias se puedan estimar objetivamente.

En las circunstancias atenuantes se recoge haber desempeñado exclusivamente un papel pasivo o limitarse a «seguir al líder» en la infracción; no aplicar efectivamente las prácticas o acuerdos ilícitos; interrumpir la infracción tan pronto como la Comisión intervenga (en particular cuando proceda a realizar comprobaciones); cuando exista una duda razonable de la empresa en cuanto a si la práctica restrictiva constituía una infracción; en el caso de que las infracciones se hubiesen cometido como resultado de negligencia y no deliberadamente; y cuando tenga lugar la cooperación efectiva de la empresa en el procedimiento, fuera del ámbito de aplicación de la Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los casos de cárteles de 18 de julio de 1996¹⁹.

¹⁹ La Comisión se reserva el derecho, en determinados casos, de imponer justificadamente una multa simbólica de 1.000 ECU, que no conllevaría ningún cálculo basado en la duración de la infracción o en cualquiera de las circunstancias agravantes o atenuantes mencionadas previamente. Así ocurrió, por ejemplo, en la sanción impuesta a la empresa AC Treuhand en la Decisión de la Comisión de 10 de diciembre de 2003 en el caso *COMP/E-2/37.857 - Organic Peroxides*, o las cuatro sanciones simbólicas impuestas a cada uno de los representantes de los productores en la Decisión de 20 de

El siguiente paso para el cálculo de la sanción es comprobar que, después de aplicar posibles agravantes o atenuantes sobre el importe básico, la cuantía resultante no exceda, en ningún caso, el 10 por 100 del volumen de negocios global, correspondiente al año que preceda al de la adopción de la decisión, para cada empresa o grupo de empresas. En la práctica, cuando se ha superado el límite, la Comisión ha fijado la cuantía en ese techo máximo.

Por último, se considera si procede o no la aplicación de la Comunicación de la Comisión relativa a la no imposición de multas o a la reducción de su importe en los casos de cárteles y, si fuera el caso, los consiguientes porcentajes reductores, llegando entonces a la determinación de la multa a imponer a cada empresa infractora.

Aunque este método de cálculo representa un avance con respecto a la aplicación de los criterios generales recogidos en el Reglamento núm. 17/62, el trabajo de VELJANOVSKI (2007) considera que, basándose en las estimaciones aportadas por la literatura acerca de los sobrepuestos que conllevan los cárteles²⁰, el importe de las sanciones fijadas conforme al método de estas Directrices sería claramente insuficiente para cubrir los daños ocasionados por los cárteles y para disuadir de la comisión de tales conductas ilícitas²¹.

La primera vez que la Comisión considera los criterios contenidos en estas Directrices de 1998 para sancionar un cartel es el 14 de octubre de 1998, en la decisión adoptada en el caso *IV/F-3/33.708 - British Sugar*. Sin embargo, no es hasta la decisión dictada el 7 de junio de 2000, en el caso *COMP/36.545/F3 - Amino Acids*, cuando la Comisión reconoce expresamente estar utilizando la metodología explicada en estas Directrices para multar a los miembros de un cartel. La sanción total más alta fijada durante este periodo se estableció en la decisión adoptada el 27 de noviembre de 2002, en el caso *COMP/E-1/37.152 - Plasterboard*, ascendiendo a un total de 478,32 millones de euros, y fijada a cuatro empresas por participar en acuerdos y prácticas concertadas anticompetitivas en el sector de los paneles de yeso, que se desarrollaron durante más de cinco años.

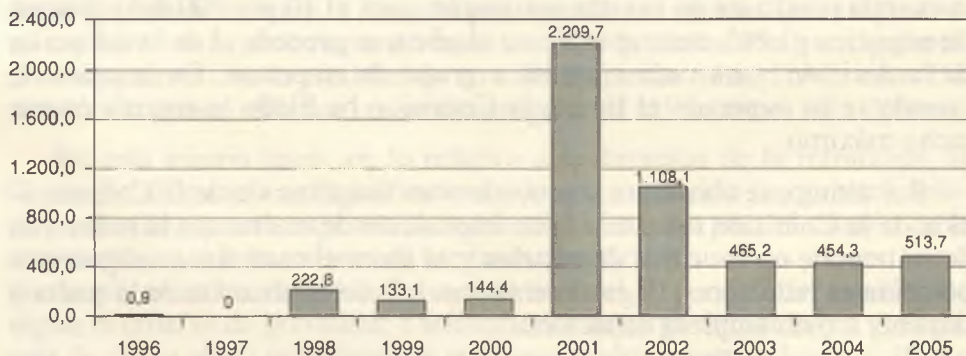
La Figura 4 muestra la suma del importe total deflactado de las sanciones para cada año incluido en este segundo periodo. Se observa un significativo cambio de la política anti-cárteles hacia la fijación de sanciones más severas a los cárteles descubiertos a partir del año 1998, muy acorde con los objetivos perseguidos con las mejoras incorporadas hasta ese momento, y con las reformas posteriores que afianzarán esta política.

octubre de 2004 para el caso *COMP/C.38.238/B.2 - Tabaco crudo - España*. En estas circunstancias, la Comisión ha estimado que carece de sentido aplicar además a estas entidades los beneficios, si los hubiera, del programa de clemencia.

²⁰ Entre otros CONNOR y BOLOTOVA (2006), y CONNOR y LANDE (2005).

²¹ Más recientemente COMBE y MONNIER (2011), a partir del análisis de una muestra de 64 cárteles sancionados por la Comisión entre 1975 y 2009, llegan a una conclusión análoga.

Figura 4. Suma importe total de las sanciones por año en el periodo 1996-2005 (millones de euros, deflactado euros 2010)



Fuente: elaboración propia a partir de la información en la DG Competencia, Comisión Europea.

Un refuerzo importante en la singular lucha contra los cárteles supuso la creación, en el seno de la DG IV²², de la primera «unidad anti-cartel», en diciembre de 1998. Esta unidad estaba compuesta por una veintena de funcionarios, y era responsable exclusivamente de desvelar, perseguir y eliminar los cárteles. Esta decisión es una respuesta de la Comisión Europea ante la constatación de la utilización de técnicas cada vez más sofisticadas por parte de los miembros de los cárteles para ocultar sus actividades ilícitas y encubrir los rastros de las mismas.

Las numerosas críticas al programa de clemencia de 1996, fundamentalmente, por la falta de concreción y discrecionalidad en su aplicación, generando una considerable incertidumbre legal a aquellas empresas que pretendieran cooperar y, por tanto, un claro obstáculo al éxito del programa, motivaron una profunda revisión del sistema comunitario de clemencia. Esta revisión se materializó en la publicación, el 19 de febrero de 2002, de una segunda «Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel» que incorporaba importantes modificaciones en el procedimiento y requisitos exigidos hasta entonces en el programa de clemencia (ARP y SWAAK, 2003; BORRELL, JIMÉNEZ, ORDÓÑEZ DE HARO, 2015a).

En concreto, la Comisión aclaró las condiciones bajo las cuales concedería la dispensa del pago de cualquier sanción, que de otro modo le hubiera correspondido, a la primera empresa en aportar elementos de prueba. La presentación de los elementos podía hacerse incluso de manera hipotética, en cuyo caso la empresa debería facilitar una lista descriptiva de los elementos que aportaría, posteriormente, en una fecha convenida. Además, esta Comunicación admitía también la posibilidad de que los cabecillas de los cárteles se acogieran al programa, siempre que no hubiesen adoptado medidas dirigidas a obligar o coaccionar a otras empresas para que participaran en sus actividades ilícitas.

²² Conocida como DG Competencia a partir de 1999.

En el procedimiento se instaba a la empresa que deseara solicitar la dispensa del pago de las multas para que, puesta en contacto con la DG Competencia, facilitara de manera inmediata los elementos de prueba en relación a la infracción, remitiéndole un escrito de acuse de recibo de la solicitud en el que se ratificaba la fecha de aportación de pruebas. Una vez que la empresa hubiese revelado toda la evidencia que obrara en su poder, la Comisión podía conceder una inmunidad condicional del pago de las multas, reservándose la posibilidad de revocar dicha inmunidad si el solicitante no cumpliera con los requisitos exigidos por la Comisión en esta Comunicación.

También para aquellas empresas que no cumplieran con los requisitos para acceder a la inmunidad plena y, por tanto, optaran a pedir una reducción del importe de la sanción, la Comunicación especificaba lo que se entendía por el valor añadido que debían proporcionar los elementos de prueba presentados por estas empresas, para que fuese admitida su solicitud. La empresa solicitante de reducción en el importe de la sanción recibiría, tal como ocurría tras una solicitud de inmunidad completa, un escrito de acuse de recibo haciendo constar la fecha de la entrega de pruebas. La Comisión, evaluando la posición de cada empresa en el orden cronológico de cumplimiento de los requisitos exigidos, establecería un descenso progresivo en el intervalo de la reducción a la que tendría derecho la empresa en función de si fuese la primera (30-50 por 100), segunda (20-30 por 100) o siguientes (0-20 por 100). No obstante, aunque se garantizara la reducción, la empresa desconocía el importe exacto de la reducción que se le aplicaría hasta el momento en que la Comisión adoptara su decisión final.

El programa de clemencia de 2002 se aplicó por primera vez el 20 de octubre de 2005, en la decisión sobre el caso *COMP/C.38.281/B.2 - Tabaco crudo Italia*, en el que la Comisión sancionó a cuatro procesadores italianos de tabaco por coludir en los precios pagados a los productores y otros intermediarios, así como en la asignación de los proveedores. Además de en el caso anterior, esta segunda Comunicación se implementó en otras 28 decisiones sancionadoras de cárteles.

También en el año 2002, concretamente el 11 de septiembre, se produce la creación de la segunda *unidad anti-cartel*. Las dos unidades se verían beneficiadas por la introducción de una metodología de gestión más flexible y eficiente, así como de la utilización, en el ámbito de las inspecciones y el procesamiento de la documentación, de modernas tecnologías de la información desarrolladas internamente en la DG Competencia²³.

En el periodo considerado en este apartado las disposiciones incluidas en el Reglamento núm. 17 de 1962 tuvieron validez hasta mayo de 2004, fecha en la que se produjo la entrada en vigor del Reglamento (CE) 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las nor-

²³ XXXIInd Report on Competition Policy 2002. European Commission.

mas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado^{24, 25}. Este Reglamento no se caracteriza por introducir grandes novedades respecto a los criterios básicos (gravedad y duración) que deberían seguirse para la fijación de las multas por las infracciones de los arts. 81 y 82 (antiguos arts. 85 y 86) del Tratado y el límite máximo de las mismas (10 por 100 del volumen de negocios del ejercicio económico previo), tal y como se establece en su art. 23, apartados 2 y 3 del nuevo Reglamento²⁶.

De hecho, los cambios verdaderamente importantes introducidos por el Reglamento 1/2003 se producen en la simplificación de los trámites administrativos de los procedimientos y en la descentralización de la aplicación de la política de competencia a nivel de la Unión Europea. Esta reforma conlleva la sustitución del sistema de notificación previa obligatoria por un sistema de excepción legal. Así, mientras que conforme al Reglamento núm. 17/62 las empresas tenían que notificar sus acuerdos, decisiones o prácticas para que la Comisión les autorizara llevarlas a cabo, lo que constituye un cierto tipo de control centralizado ex-ante, el Reglamento 1/2003 instaura un régimen de control ex-post de las empresas, basado en la aplicación descentralizada de las normas comunitarias de competencia²⁷.

En particular, el Reglamento 1/2003 implica que los tribunales y autoridades de la competencia de los Estados miembros estén plenamente facultados para aplicar los arts. 81 y 82 del TCE (arts. 101 y 102 del TFUE). De esta forma, se persigue, por un lado, aligerar el trabajo de la Comisión, reforzando el papel de las autoridades de la competencia y órganos jurisdiccionales nacionales competentes, y por otro asegurar la uniformidad en la aplicación de las normas comunitarias de la competencia (MCGOWAN, 2005).

La coordinación y cooperación entre la Comisión y las distintas autoridades nacionales de la competencia para una aplicación consistente de los arts. 101 y 102 del TFUE se enmarca en el ámbito de la Red Europea de Competencia (REC). A través de este foro de discusión, las autoridades

²⁴ OJ L 1/1, 4 de enero de 2003. Este Reglamento es el resultado de un periodo en el que se plantearon propuestas de reformas, que se inició con la publicación del Libro Blanco sobre la modernización de las normas de aplicación de los arts. 85 y 86 del Tratado CE en el año 1999. La primera decisión en la que se aplica el nuevo Reglamento tiene lugar el 3 de septiembre de 2004 en el caso *C.38.069 - Copper Plumbing tubes*.

²⁵ Algunas de las disposiciones contenidas en el Reglamento 1/2003 se desarrollaron y complementaron con lo establecido en el «Reglamento (CE) núm. 773/2004, de la Comisión, de 7 de abril, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82 del Tratado CE» (OJ L 123/18, 27 de abril de 2004).

²⁶ No obstante, el apartado 4 de este artículo aclara ahora que cuando se imponga una multa a una asociación de empresas tomando en consideración el volumen de negocios de sus miembros y esta no sea solvente, la asociación estará obligada a recabar las contribuciones de sus miembros hasta cubrir el importe de la multa. Además, detalla a quién reclamará la Comisión el pago de la sanción si esta no se satisficiera en el plazo fijado.

²⁷ WILL y SCHMIDTCHEN (2008) analizan mediante un modelo teórico la efectividad del Reglamento 1/2003 frente al antiguo sistema. También, con respecto a la evaluación de este Reglamento, se puede consultar la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo de 9 de julio de 2014 titulada «*Ten Years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives*».

de la competencia intercambian información acerca de las decisiones que pretenden adoptar y toman en consideración los comentarios recibidos de otras autoridades. Uno de los logros de esta Red es la aprobación en el año 2006 del documento titulado «Programa Modelo de Clemencia de la REC» que arranca con el compromiso por parte de las autoridades nacionales de homogeneizar sus respectivos programas de clemencia en torno a ese modelo, con el objeto de facilitar la coordinación en todo el territorio de la Unión Europea²⁸.

Para finalizar esta etapa, debe destacarse la primera iniciativa para identificar los principales obstáculos que se podrían encontrar en la puesta en funcionamiento de un sistema más eficiente de reclamación de daños como consecuencia de infracciones de las leyes de competencia de la Unión Europea. Concretamente, la publicación por la Comisión, el 19 de diciembre de 2005, del «Libro Verde. Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia» incluye la propuesta de una serie de medidas que buscan alentar a las víctimas de infracciones de los arts. 81 y 82 del Tratado para que ejerciten su derecho a ser indemnizados por los daños sufridos (PHEASANT, 2006).

En consecuencia, esta iniciativa supone un impulso a la interacción entre la aplicación pública y privada de las normas *antitrust*, cuya complementariedad conduciría a un mayor respeto por las leyes (DIEMER, 2006). El *Libro Verde* fue sometido a consulta, recibándose aportaciones y comentarios que sirvieron para que la Comisión siguiera avanzando en la creación de un sistema legal común de resarcimiento de daños para toda la Unión, objetivo que se verá cumplido en la siguiente etapa.

4. MEJORAS EN LOS MÉTODOS DE DESESTABILIZACIÓN, PENALIZACIÓN Y RESARCIMIENTO DE LOS CÁRTELES: PERIODO 2006-2014

Este último periodo no se centra tanto en los instrumentos, sino en la implantación de una serie de mejoras en los mecanismos de sanción y de cooperación con la Comisión para los participantes en cárteles, destinadas a aumentar la transparencia, predictibilidad y agilización de los procedimientos.

La primera de esas mejoras se produce con la publicación, el 1 de septiembre de 2006, de las nuevas «Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003»²⁹, que son las que actualmente aplica la Comisión en sus decisiones. Estas Directrices, aunque básicamente parecen no diferenciarse del método utilizado por la Comisión hasta entonces, introducen importantes novedades (BARBIER DE LA SERRE y LAGATHU, 2013).

²⁸ Puede consultarse SANZ (2010) para un estudio más detallado de la organización y funciones de la REC.

²⁹ OJ C 210/2, 1 de septiembre de 2006.

Una de esas novedades afecta al método de cómputo del «importe básico» de la sanción que, a diferencia de lo establecido en las anteriores Directrices, requiere primero calcular una proporción del valor de las ventas de bienes o servicios realizadas por la empresa, que estén directa o indirectamente relacionadas con la infracción en el área geográfica relevante dentro del Espacio Económico Europeo.

El valor del porcentaje aplicable dependerá de la gravedad de la infracción pero, como regla general, no excederá del 30 por 100. El valor exacto en esa escala se decidirá considerando una serie de factores: naturaleza de la infracción, asignándose los niveles más altos en este apartado a los acuerdos horizontales de fijación de precios, reparto de mercado y limitación de la producción; la cuota de mercado combinada de las empresas implicadas; el alcance geográfico de la infracción; y si la infracción se ha llevado a cabo o no. La proporción de las ventas resultante se multiplica por el número de años de infracción para apreciar la duración³⁰.

Además, con el objeto de disuadir a las empresas de que participen en acuerdos horizontales de fijación de precios, reparto de mercado y limitación de la producción, la Comisión añadirá una cantidad comprendida entre el 15 y el 25 por 100 del valor de las ventas, estableciéndose la cuantía concreta del porcentaje teniendo en cuenta los factores citados previamente.

A continuación, en las Directrices se expone bajo qué condiciones la Comisión podrá aumentar o reducir el importe de base de la multa. Así, se especifican una serie de circunstancias agravantes y atenuantes similares a las contenidas en las Directrices de 1998, si bien se incorporan ciertas matizaciones. Por un lado, en los agravantes se establece que a las empresas reincidentes o persistentes en una misma infracción o similar se le aumentará hasta en un 100 por 100 por cada una de tales infracciones probadas³¹. Por otro, se excluyen las prácticas o acuerdos secretos, en particular los cárteles, de la aplicación del atenuante que seguiría de proporcionar evidencia de haber dejado de infringir las normas de competencia tan pronto como hubiese intervenido la Comisión.

También en el apartado de circunstancias atenuantes consistente en acreditar una participación limitada en el acuerdo ilícito, se descarta que se alegue haber participado un periodo más corto, puesto que este hecho se habría tenido ya en cuenta al valorar la duración para el cálculo del importe

³⁰ A este respecto, las Directrices establecen que se considerarán años completos y que los periodos inferiores a seis meses se contabilizarán como medio año, mientras que para periodos de más de seis meses se computarán como un año completo. Sin embargo, la Comisión dejó de aplicar este método de redondeo a partir del año 2009, como se puso de manifiesto en las decisiones adoptadas en 2010 para los casos *COMP/38.344 - Acero para pretensado* y *COMP/39258 - Flete aéreo*, aproximando por meses en lugar de año o medio año.

³¹ LITTLE (2009) defiende que, habiéndose constatado que un considerable porcentaje de las infracciones de las normas comunitarias de la competencia son cometidas por reincidentes, no bastaría con endurecer las sanciones, sino que la Comisión debería implementar un enfoque de rehabilitación, que identificara las razones que subyacerían a la reiteración en las conductas infractoras, pudiendo imponerse reformas estructurales que dificultaran que volvieran a producirse.

básico. Asimismo, se contempla ahora como atenuante la posibilidad de reducir la sanción cuando la conducta anticompetitiva hubiese sido autorizada o fomentada por autoridades públicas o incluso por la propia legislación de los Estados miembros.

El siguiente elemento también novedoso en el proceso de ajuste del «importe de base» es la introducción de un «incremento específico para garantizar la disuasión» (*specific increase for deterrence*) que implica que pueda incrementarse la multa impuesta a aquellas empresas que tengan un volumen de negocios particularmente elevado, más allá del valor de las ventas de los bienes o servicios a que se refiere la infracción.

A lo anterior, le sigue la comprobación de que la cuantía alcanzada hasta este punto no supera el límite del 10 por 100 del total del volumen de negocios de la empresa infractora correspondiente al ejercicio económico previo, límite que se encuentra dispuesto en el apartado 2 del art. 23 del Reglamento 1/2003.

BOS y SCHINKEL (2006), a partir del análisis del método aritmético de cálculo que hemos explicado hasta aquí, muestran que aplicar las Directrices supondría sobrepasar este límite máximo más frecuentemente que en el pasado, sobre todo en los casos de cárteles. Esto implica que el nuevo cálculo es más severo, se acerca más a los beneficios ilícitos conseguidos por la infracción, pero que la sanción final se ve limitada por alcanzar más a menudo el límite máximo del 10 por 100 de las ventas de la empresa sancionada en el año anterior al de la resolución³².

Por último, una vez realizadas las reducciones que correspondieran, si fuera el caso, en aplicación del programa de clemencia, las Directrices plantean la posibilidad de que, en casos excepcionales, la Comisión pueda, previa solicitud de la empresa interesada, tener en cuenta su «incapacidad para pagar» (*inability to pay*) en un particular contexto social y económico, a efectos de reducir el importe de la sanción que le habría correspondido. No obstante, para beneficiarse de esta reducción se exige que existan pruebas objetivas del riesgo de la viabilidad económica de la empresa como consecuencia de pagar la multa.

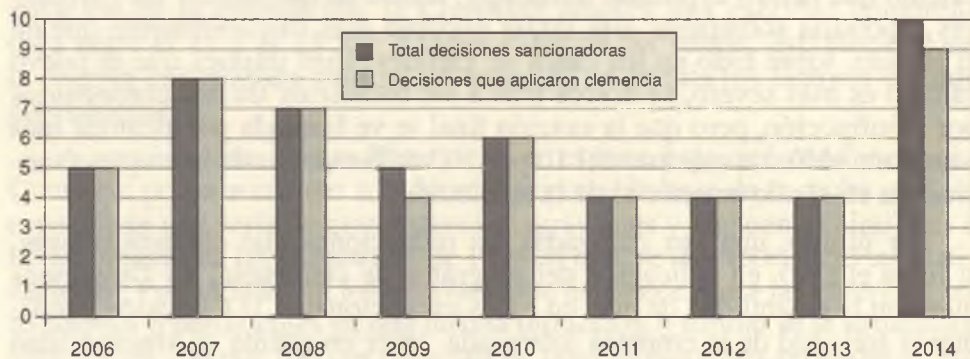
En la práctica, la Comisión ha traducido esas pruebas en la concurrencia de las siguientes condiciones: el riesgo de bancarrota, la causalidad entre ese riesgo y la sanción, una pérdida significativa de valor de sus activos, y que la empresa demuestre un contexto social y/o económico específico (KIENAPFEL y WILS, 2010). Desde la entrada en vigor de las Directrices de 2006 hasta el año 2014, la Comisión ha tenido en cuenta en un total de nueve decisiones la «incapacidad para pagar» de algún miembro de un cartel para reducir el importe de su sanción.

³² En BORRELL, JIMÉNEZ y LUNA (2015) se discuten las dificultades que supone para la disuasión el hecho de que la multa mínima disuasoria supera al importe máximo que pueden alcanzar las sanciones (10 por 100 del volumen de ventas), y qué papel pueden jugar las indemnizaciones por daños y perjuicios y las sanciones individuales a directivos de empresas (pecuniarias o de prisión) para conseguir una mayor efectividad de la política de competencia.

La primera decisión en la que se aplicaron explícitamente las nuevas Directrices se adoptó el 20 de noviembre de 2007, en el caso *COMP/38.432 - Professional Videotape*³³. Hasta el año 2014, la Comisión ha utilizado su método de cálculo de multas en otras 42 decisiones de sanción de cárteles. La sanción más elevada se fijó el 5 de diciembre de 2012, en el caso *COMP/39437 - Tubos de Rayos Catódicos - Colour Display Tubes (CDTs)*, por un importe total de 1.470,52 millones de euros por infracciones que se desarrollaron durante más de ocho años y en las que participaron 12 empresas pertenecientes a ocho países diferentes.

En la Figura 5 se incluye el número de decisiones adoptadas por año para este periodo, diferenciando entre el total y aquellas en las que los miembros de los cárteles aplicaron y se beneficiaron del programa de clemencia. Como puede observarse, salvo en 2009 y 2014, todos los casos se acogieron a dicho programa lo que demuestra, una vez más, la importancia del mismo en la lucha contra los cárteles en la Unión Europea.

Figura 5. Decisiones sancionadoras de cárteles en el periodo 2006-2014



Fuente: elaboración propia a partir de la información en la DG Competencia, Comisión Europea.

El 8 de diciembre de 2006 entró en vigor la «Comunicación de la Comisión relativa a la inmunidad del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cartel»³⁴ que incorpora la segunda revisión del programa de clemencia comunitario. Esta revisión ha buscado proporcionar más claridad y transparencia en los requisitos y procedimiento a seguir en el programa, así como hacer más atractivo el programa a potenciales cooperantes (SANDHU, 2007; BORRELL, JIMÉNEZ, ORDÓÑEZ DE HARO, 2015a).

En esta nueva Comunicación se apunta, por vez primera, qué deben cumplir los elementos de prueba e información aportados por el primer solicitante de clemencia para que la Comisión pueda conceder la inmunidad completa del pago de la multa. Concretamente, estos elementos e informa-

³³ Esta demora en la utilización de las Directrices se explica por haberse dispuesto que se aplicarían a todos los asuntos en los que el pliego de cargos se hubiera notificado después de la fecha de la publicación de las mismas en el *Diario Oficial de la Unión Europea*.

³⁴ OJ C 298/17, 8 de diciembre de 2006.

ción deben permitir a la Comisión efectuar una inspección oportunamente orientada sobre el presunto cartel, evaluándose el cumplimiento de este requisito ex ante; o determinar la existencia de una infracción al art. 81 del Tratado CE (actual art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE) en relación con el presunto cartel.

Asimismo, la Comunicación de 2006 incluye una mejora en la eficacia del procedimiento de clemencia al introducir un sistema de indicador (*marker*), por el que un solicitante de inmunidad puede optar entre pedir inicialmente ese indicador, que reserve su puesto según el orden de presentación, o proceder a presentar su solicitud formal. Mediante la solicitud de indicador, la empresa dispondría de un plazo adicional para formalizar su solicitud, en la que aportar la información y pruebas requeridas para merecer la dispensa completa de la multa. Además, el nuevo sistema aumenta la transparencia y predictibilidad del procedimiento, puesto que el solicitante conocería en qué lugar se encuentra, dentro de la lista de empresas que hubiesen aplicado al programa, y en consecuencia, las posibilidades que tendría de que se estimara su solicitud de inmunidad.

Durante la vigencia de la Comunicación se han puesto de manifiesto los posibles efectos adversos que, para el éxito del programa, tendría la utilización, una vez adoptada la decisión final por la Comisión³⁵, de las declaraciones de las empresas que solicitaron clemencia para iniciar acciones privadas de resarcimiento de daños contra los miembros de los cárteles, lo que desincentivaría que las empresas desvelaran su participación en los mismos (WALSH, 2009). No obstante, como comentaremos posteriormente, esta circunstancia ha sido aclarada en la modificación de la Comunicación, publicada por la Comisión Europea el 5 de agosto de 2015³⁶, ofreciendo respuestas a las dudas que se habrían planteado a lo largo del tiempo y, más específicamente, tras la aprobación de la Directiva de daños en el año 2014.

La primera decisión en la que se considera la aplicación de este programa de clemencia de 2006 data del 28 de enero de 2009, en el caso *COMP/39.406 - Mangueras marinas*. En esta decisión, la Comisión impuso sanciones a una serie de productores de mangueras marinas por repartirse el mercado y coludir en la fijación de precios. A una de las empresas se le concedió la dispensa plena del pago la sanción, y a otra se le redujo la sanción en un 30 por 100. El número de decisiones de la Comisión que han aplicado la Comunicación de 2006 hasta el año 2014 ascendió a 22, siendo el año 2014 en el que se adoptaron más decisiones con aplicación del programa de clemencia.

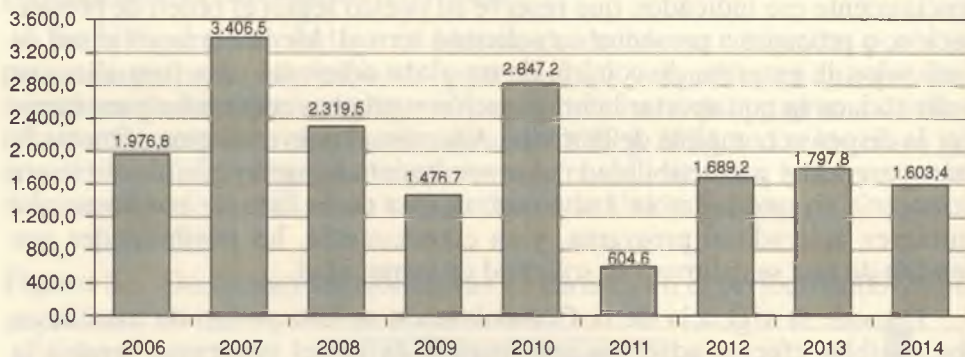
Para todas las decisiones pertenecientes a esta fase, la Figura 6 recoge el importe total de las sanciones impuestas por la Comisión, con un valor medio que supera los 1.969 millones de euros constantes de 2010 por año. Tal como se observa en la figura, en esta última etapa se observa una dis-

³⁵ La Comunicación originalmente contempla que, una vez se dicte la decisión final, las declaraciones pasarían a ser públicas.

³⁶ OJ C 256/1, 5 de agosto de 2015.

minución en la heterogeneidad de la distribución de las sanciones totales impuestas en cada año. La complementariedad de los instrumentos aprobados a lo largo del periodo, tal como explicaremos a continuación, habría permitido a la Comisión mantenerse en niveles elevados y uniformes de actividad en términos de cárteles sancionados.

Figura 6. Suma importe total de las sanciones por año en el periodo 2006-2014 (millones de euros, deflactado euros 2010)



Fuente: elaboración propia a partir de la información en la DG Competencia, Comisión Europea.

A primeros de julio de 2008 se adoptó el llamado «conjunto de medidas de transacción» (*settlements package*) que estaba formado por dos documentos. Por un lado, el «Reglamento (CE) núm. 622/2008, de la Comisión, de 30 de junio, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel»³⁷ que introduce los ajustes necesarios que permiten conciliar la opción de la transacción, mediante la inclusión de modificaciones en las disposiciones relativas al inicio de los procedimientos, la participación de los denunciantes en los procedimientos, el acceso al expediente, las audiencias orales y, especialmente, lo contenido en el nuevo apartado a) del art. 10 relativo al procedimiento de transacción en casos de cartel.

Por otro, la «Comunicación de la Comisión de sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo, en casos de cártel»³⁸ que desarrolla los detalles del procedimiento de transacción, interpreta las nuevas disposiciones en el Reglamento 773/2004, y proporciona orientaciones adicionales acerca de los primeros pasos en el procedimiento de transacción, la discusiones para llegar a un acuerdo, el pliego de cargos y la adopción de la decisión en esta clase de procedimientos.

Este conjunto de medidas implica la posibilidad de que la Comisión y las partes interesadas sigan un procedimiento simplificado y más sencillo

³⁷ OJ L 171/3, 1 de julio de 2008.

³⁸ OJ C 167/1, 2 de julio de 2008.

cuando los participantes en un cartel admitan los hechos, conforme a las evidencias existentes en el expediente que avalarían los mismos, y se muestren de acuerdo con la Comisión en su responsabilidad en la infracción (MEHTA y TIerno, 2008).

En particular, la Comunicación considera que si la Comisión decide recompensar a una parte por la transacción en el marco de la presente Comunicación, reducirá en un 10 por 100 el importe de la multa a imponer una vez aplicado el límite máximo del 10 por 100 con arreglo a las Directrices para el cálculo de las multas de 2006. En dicho caso, la Comunicación establece que todo aumento en la sanción por la aplicación de un «incremento específico para garantizar la disuasión» no excederá de un factor multiplicador de dos. Debe destacarse que la Comunicación dispone que, en aquellos casos decididos en el marco del procedimiento de transacción, o de solución de diferencias (*settlement procedure*), en los que también estuvieran implicados solicitantes de clemencia, la reducción de la multa por la transacción se acumulará a la que correspondiera por aplicación del programa de clemencia.

Según DEKEYSER y ROQUES (2010), las razones que justificarían la introducción de este procedimiento en los casos de cárteles serían reforzar el efecto disuasorio de la actividad de la Comisión, ayudando a que esta alcance su finalidad más rápidamente en los casos de cartel y, por consiguiente, liberando recursos para otras investigaciones; a la vez que debería permitir a las empresas, que están convencidas de que la Comisión puede probar su participación en un cartel, beneficiarse de una reducción en la sanción y una decisión más rápida en el procedimiento.

En lo que respecta a la aplicación de este conjunto de medidas, LAINA y BOGDANOV (2014) ofrecen un estudio pormenorizado de las 14 decisiones de la Comisión habidas hasta el año 2014, en las que se ha seguido con éxito un procedimiento de transacción³⁹. Particularmente, este procedimiento alcanza mayor notoriedad en los años 2013 y 2014, en los que se adoptaron ocho decisiones. Otra característica importante en todas las decisiones en las que se aplicó el procedimiento de transacción es la presencia en las mismas de varias solicitudes de clemencia. Tal como señalan estos autores, el hecho de que existan empresas en los expedientes que hayan presentado solicitudes de clemencia hace más probable que, estas mismas empresas, vayan más allá de la cooperación exigida en el programa de clemencia, y estén interesadas, además, en un procedimiento más simplificado y rápido.

Para finalizar este estudio, debemos destacar las consecuencias que para la lucha contra los cárteles puede tener la adopción de la «Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la

³⁹ La primera decisión que aplica este procedimiento se adoptó el 19 de mayo de 2010 en el caso COMP/38511 DRAMs.

competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea»⁴⁰, continuación de iniciativas emprendidas previamente como el «Libro Verde», citado en la etapa anterior, y el «Libro Blanco. Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», adoptado el 2 de abril de 2008.

Este último documento proponía una serie de medidas que garantizaran que todas las víctimas de infracciones de los arts. 101 y 102 del TFUE pudiesen tener acceso a mecanismos de resarcimiento que permitieran compensar totalmente los daños sufridos por dichas infracciones⁴¹. La propuesta para que estas medidas fuesen vinculantes para todas las autoridades nacionales de la competencia, pronosticaba la necesidad de que estas se plasmaran definitivamente en una Directiva (TRULY, 2009). De hecho, la Directiva de daños concede a los Estados miembros de la Unión Europea dos años, a contar desde el 5 de diciembre de 2014, fecha de su publicación en el *Diario Oficial de la UE*, para su transposición a sus respectivos sistemas legales nacionales.

Las principales aportaciones de la Directiva de daños son: i) la obligación de los Estados miembros de velar para que cualquiera que sufra un daño o perjuicio como consecuencia de una infracción de las normas de competencia tenga derecho al pleno resarcimiento de dicho daño; ii) los órganos jurisdiccionales nacionales, en respuesta a un demandante de daños, deben ordenar que el demandado o un tercero permita el acceso a las pruebas pertinentes que se encuentren en su posesión, siempre que se cumplan una serie de requisitos; iii) la Directiva establece, además, que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia en la resolución firme dictada por una autoridad nacional de la competencia o un órgano jurisdiccional competente se considera prueba irrefutable de esa infracción a los efectos de una acción por daños ejercida ante un órgano jurisdiccional del mismo Estado miembro, y al menos que se estime como prueba razonable (*prima facie*) de la existencia de dicha infracción ante los órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros; iv) los Estados deberán velar para que las empresas que hayan infringido el Derecho de la competencia por una conducta o práctica conjunta sean también conjunta y solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados por la infracción; v) también los Estados deben garantizar que el demandado por daños y perjuicios

⁴⁰ OJ L 349/1, 5 de diciembre de 2014.

⁴¹ La Comisión trató a partir de 2013 de atender estas cuestiones con el desarrollo de una «Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea» (OJ C 167/19, 13 de junio de 2013), un documento de trabajo que constituía una guía práctica para cuantificar el perjuicio acompañando a la anterior Comunicación, y una «Recomendación de la Comisión de 11 de junio de 2013 sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión» (OJ L 201/60, 26 de julio de 2013). Puede consultarse GERADIN (2015) para un análisis del recurso colectivo, mecanismo que garantiza a los consumidores la posibilidad de obtener el resarcimiento de los daños por infracciones de las normas de competencia, y mediante el que se acumulan en una sola acción privada muchas demandas legales similares por razón de economía procesal.

pueda invocar, como defensa en el proceso, el hecho de que el demandante hubiera repercutido la totalidad o una parte del sobre coste resultante de la infracción de las normas de competencia (defensa del «*passing-on*»)⁴², y vi) los Estados miembros deben velar para que ni la carga de la prueba ni los niveles de prueba exigidos para la cuantificación del daño o perjuicio imposibiliten o dificulten el ejercicio del derecho al resarcimiento de los daños o perjuicios.

Aun reconociendo el enorme valor que estas aportaciones suponen para la aplicación privada de las normas de competencia, resultan particularmente importantes para garantizar su compatibilidad con el éxito de la aplicación pública de esas normas, la inclusión de varias disposiciones especiales, relativas al acceso a las pruebas incluidas en los expedientes correspondientes a decisiones adoptadas por autoridades de la competencia.

En particular, con el objeto de que no se vean afectados los incentivos de los participantes en cárteles a cooperar voluntariamente con la Comisión Europea, la Directiva establece que las declaraciones en el marco de un programa de clemencia, y las solicitudes de transacción nunca pueden ser reveladas⁴³. Estas disposiciones excepcionales también se han visto reflejadas en las modificaciones publicadas el 5 de agosto de 2015 por la Comisión Europea, y que incumben al Reglamento 773/2004⁴⁴, a la Comunicación de las normas de acceso a los expedientes de la Comisión⁴⁵, a la Comunicación del programa de clemencia de 2006⁴⁶, a la Comunicación relativa a los procedimientos de transacción de 2008⁴⁷, así como a la Comunicación sobre cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros⁴⁸.

⁴² STRAND (2014) analiza las novedades legislativas introducidas a este respecto y destaca los problemas fundamentales, en el nuevo marco dispuesto por la Directiva, que plantea considerar la defensa del «*passing-on*» en respuesta a las demandas presentadas por compradores indirectos que han sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de una conducta anticompetitiva.

⁴³ La Directiva evita así el peligro, advertido en distintos ámbitos, de que la revelación pública de tales documentos, no solo a nivel europeo, sino nacional, implicara una distorsión de los positivos resultados de los programas de clemencia. Por tanto, se busca un equilibrio entre la efectividad del programa de clemencia y la protección de los derechos de las terceras partes que han sido dañadas (BEUMER y KARPETAS, 2012).

⁴⁴ Reglamento (UE) 2015/1348, de la Comisión, de 3 de agosto, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 773/2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82 del Tratado CE (OJ L 208/3, 5 de agosto de 2015).

⁴⁵ Comunicación de la Comisión. Modificación de la Comunicación de la Comisión relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión en los supuestos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE, los arts. 53, 54 y 57 del Acuerdo EEE y el Reglamento (CE) núm. 139/2004, del Consejo (OJ C 256/3).

⁴⁶ Comunicación de la Comisión Europea. Modificación de la Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel (OJ C 256/1, 5 de agosto de 2015).

⁴⁷ Comunicación de la Comisión. Modificación de la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo en casos de cártel (OJ C 256/2, 5 de agosto de 2015).

⁴⁸ Comunicación de la Comisión. Modificación de la Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los arts. 81 y 82 CE (OJ C 256/5, 5 de agosto de 2015).

En definitiva, los preceptos de la Directiva de daños, y las modificaciones que le acompañan, pretenden evitar que se perjudique, por una parte, al programa de clemencia, que se ha demostrado ser el instrumento más efectivo de la Comisión Europea para desestabilizar y sancionar cárteles, y por otra parte, al «procedimiento de transacción», otro mecanismo de cooperación entre miembros de cárteles y la Comisión que, pese a su todavía corta trayectoria, se estaría manifestando como un extraordinario complemento del programa de clemencia.

A pesar de esta pretendida protección, habrá que tener presente que los cárteles existentes, o que puedan crearse en el futuro, extremarán aún más las medidas para no ser descubiertos, ya que de serlo las consecuencias por sus prácticas ilícitas, a partir de ahora, serán mucho más costosas.

Por tanto, la Directiva, y su futura transposición a los ordenamientos de los Estados miembros, podría provocar que se desestabilicen los cárteles ya de por sí más débiles o al borde del colapso, mientras que otros cárteles podrían reforzar su disciplina, y que sus miembros desconfiaran de los beneficios de una cooperación con las autoridades, lo que implicaría una mayor estabilidad de los mismos y una mayor dificultad para detectarlos y desmantelarlos. En cualquier caso, la evaluación de las posibles distorsiones que pueda introducir la aplicación de la Directiva en la efectividad del programa de clemencia, y en general en la detección y sanción de los cárteles, será una tarea que deba realizarse una vez transcurrido un plazo razonable de tiempo.

5. CONCLUSIONES

La lucha contra los cárteles en la Unión Europea se ha transformado completamente en los últimos años: la incorporación del programa de clemencia desde 1996 en adelante (así como sus mejoras en 2002 y 2006), el aumento significativo de las multas gracias a las directrices sobre sanciones de 1998 y 2006, la creación y mejoras de las unidades anti-cartel de la Comisión Europea (DG Competencia), el paso de un sistema de prohibición con autorización de acuerdos a uno de prohibición con exenciones legales en 2004, y la mejora del procedimiento de transacción en 2008 ha llevado a un incremento sustancial tanto de los cárteles descubiertos como de las sanciones impuestas por la Comisión Europea.

Así, de una media anual de tan solo 1,15 cárteles sancionados por la Comisión Europea entre 1962 y 1995, se ha pasado a una media de 4,40 casos por año entre 1996 y 2005, y hasta 5,89 casos por año desde 2006 hasta 2014. Y de forma todavía más intensa, el importe medio de las sanciones impuestas por la Comisión Europea por año hemos pasado de tan solo 36,65 millones al año (en euros constantes de 2010), a los 525,23 millones de euros al año entre 1996 y 2006, y hasta los 1.969,07 millones de euros al año entre 2006 y 2014.

Pero este progreso se hace más acusado si tenemos en cuenta la considerable heterogeneidad en el trato dado a los cárteles descubiertos en los inicios de la política sancionadora de los cárteles. De hecho, en el 50 por 100 de los años comprendidos en el periodo 1962-1995, el importe total de las sanciones por año fue igual o inferior a 400.000 euros constantes de 2010, incluyendo los dieciséis años en los que la Comisión no llegó a sancionar a ningún cartel.

Cuadro 1. Resumen de los cárteles sancionados por periodos

<i>Lucha contra los cárteles en la UE</i>				
<i>Periodo</i>	<i>Núm. de casos</i>	<i>Promedio anual de casos</i>	<i>Promedio</i>	<i>Mediana</i>
			<i>Importe sanciones por año</i>	<i>Importe sanciones por año</i>
1962-1995	39	1,15	35,65	0,4
1996-2005	44	4,40	525,23	338,6
2006-2014	53	5,89	1.969,07	1.797,8

Fuente: elaboración propia a partir de la DG Competencia, Comisión Europea.

Sin embargo, a pesar de que la trayectoria histórica muestra que la lucha contra los cárteles ha pasado a ser no solo una prioridad, sino una política que está mejorando su efectividad real, quedan cuestiones pendientes para conseguir que las sanciones y la persecución sea efectivamente disuasiva y evite la formación de cárteles, y que estos compensen debidamente, cuando se han formado y han actuado, a los damnificados por el daño causado.

6. REFERENCIAS

- ARP, D. J., y SWAAK, C. R. (2003): «A Tempting Offer: Immunity from Fines for Cartel Conduct under the European Commission's New Leniency Notice», *European Competition Law Review*, 24(1), 9-18.
- BARBIER DE LA SERRE, E., y LAGATHU, E. (2013): «The Law on Fines Imposed in EU Competition Proceedings: Faster, Higher, Harsher», *Journal of European Competition Law and Practice*, 4(4), 325-344.
- BEUMER, A., y KARPETAS, A. (2012): «The Disclosure of Files and Documents in EU Cartel Cases: Fairytale or Reality?», *European Competition Journal*, 8(1), 123-151.
- BORRELL, J. R., y JIMÉNEZ J. L. (2008): «The drivers of antitrust effectiveness», *Hacienda Pública Española - Revista de Economía Pública*, 185(2), 69-88.
- BORRELL, J. R.; JIMÉNEZ, J. L., y GARCÍA, C. (2014): «Evaluating antitrust leniency programs», *Journal of Competition Law and Economics*, 10(1), 107-136.
- BORRELL, J. R.; JIMÉNEZ, J. L., y LUNA, Y. (2015): *Crímenes y castigo en la lucha contra los cárteles. Economía Industrial*. Próxima publicación.

- BORRELL, J. R.; JIMÉNEZ, J. L., y ORDÓÑEZ DE HARO, J. M. (2015a): «The leniency programme: obstacles on the way to collude», *Journal of Antitrust Enforcement*, 3(1), 149-172.
- (2015b): *An empirical analysis of the European Corporate Leniency Programme*. Mimeo.
- BOS, I., y SCHINKEL, M. P. (2006): «On the scope for the European Commission's 2006 fining guidelines under the legal maximum fine», *Journal of Competition Law and Economics*, 2(4), 673-682.
- CARREE, M.; GÜNSTER, A., y SCHINKEL, M. P. (2010): «European Antitrust Policy 1957-2004: An Analysis of Commission Decisions», *Review of Industrial Organization*, 36, 97-131.
- COMBE, E., y MONNIER, C. (2011): «Fines against hard core cartels in Europe: the myth of over enforcement», *The Antitrust Bulletin*, 56(2), 235-275.
- CONNOR, J. M., y BOLOTOVA, Y. (2006): «Cartel overcharges: survey and meta-analysis», *International Journal of Industrial Organization*, 24(6), 1109-1137.
- CONNOR, J. M., y LANDE, R. H. (2005): «How High Do Cartels Raise Prices-Implications for Optimal Cartel Fines», *Tulane Law Review*, 80, 513-570.
- DEKEYSER, K., y ROQUES, C. (2010): «The European Commission's settlement procedure in cartel cases», *The Antitrust Bulletin*, 55(4), 819-842.
- DIEMER, C. (2006): «The Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules», *European Competition Law Review*, 27(3), 309-316.
- GERADIN, D. (2015): «Collective Redress for Antitrust Damages in the European Union: Is this a Reality Now?», *George Mason Law Review*, 22(5), 1079-1101.
- GERADIN, D., y HENRY, D. (2005): «The EC fining policy for violations of competition law: An empirical review of the Commission decisional practice and the Community courts' judgments», *European Competition Journal*, 1(2), 401-473.
- KIENAPFEL, P., y WILS, G. (2010): «Inability to Pay First cases and practical experiences», *Competition Policy Newsletter*, 3, 3-7.
- LAINA, F., y BOGDANOV, A. (2014): «The EU Cartel Settlement Procedure: Latest Developments», *Journal of European Competition Law and Practice*, 5(10), 717-727.
- LITTLE, D. (2009): «The case for a primary punishment rationale in EC anti-cartel enforcement», *European Competition Journal*, 5(1), 37-63.
- MCGOWAN, L. (2005): «Europeanization unleashed and rebounding: assessing the modernization of EU cartel policy», *Journal of European Public Policy*, 12(6), 986-1004.
- (2009): «Any Nearer to Victory in the 50-Year War? Assessing the European Commission's Leadership, Weapons and Strategies towards Combating Cartels», *Perspectives on European Politics and Society*, 10(3), 283-307.
- MEHTA, K., y TIerno, M. L. (2008): «Settlement procedure in EU cartel cases», *Competition Law International*, 4, 11-16.
- MORGAN, E. I. (2009): «Controlling cartels - Implications of the EU policy reforms», *European Management Journal*, 27, 1-12.
- PHEASANT, J. (2006): «Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: The European Commission's Green Paper», *European Competition Law Review*, 27(7), 365-381.
- RITTER, L., y BRAUN, W. D. (2005): *European Competition Law: A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International.
- SANDHU, J. S. (2007): «The European Commission's Leniency Policy: A Success?», *European Competition Law Review*, 28(3), 148-157.

- SANZ, I. L. (2010): «La cooperación entre autoridades de competencia en la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE: la actualidad de la ECN», en CÀSES, Ll. (dir.), *Anuario de la competencia*, 127-150.
- SCHINKEL, M. P. (2007): «Effective Cartel Enforcement in Europe. World Competition», *Law and Economics Review*, 30, 539-572.
- STRAND, M. (2014): «Indirect Purchasers, Passing-on and the New Directive on Competition Law Damages», *European Competition Journal*, 10(2), 361-386.
- TRULY, E. (2009): «White Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules: The Binding Effect of Decisions Adopted by National Competition Authorities», *European Competition Journal*, 5(3), 795-821.
- VELJANOVSKI, C. (2007): «Cartel Fines in Europe-Law, Practice and Deterrence», *World Competition*, 30(1), 65-86.
- WALSH, D. J. (2009): «Carrots and Sticks - Leniency and Fines in EC Cartel Cases», *European Competition Law Review*, 30(1), 30-35.
- WILL, B. E., y SCHMIDTCHEN, D. (2008): «Fighting Cartels: Some Economics of Council Regulation (EC) 1/2003», *CSLE Discussion Paper Series* núm. 2008-02.
- WILS, W. P. (1997): «The Commission Notice on the Non-Imposition or Reduction of Fines in Cartel Cases: A Legal and Economic Analysis», *European Law Review*, 22, 125-140.

EL CÁLCULO DE LAS SANCIONES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y SU APLICACIÓN POR LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Luis BERENGUER FUSTER *

Senior Advisor de Broseta y ex-presidente de la Comisión Nacional de la Competencia

Sergio BACHES OPI *

Socio de Broseta (director del Área de Competencia)
y Dr. en Derecho por la Universidad Pompeu Fabra

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años el método de cálculo de las multas por infracciones de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia («LDC») y de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (el «TFUE») ha sido objeto de interpretación dispar por la Audiencia Nacional («AN») y el Tribunal Supremo («TS»), creando entre 2013 y principios de 2015 una situación de enorme incertidumbre e inseguridad jurídica entre los operadores económicos, los profesionales del Derecho y las propias autoridades españolas de defensa de la competencia (tanto estatales como autonómicas)¹.

La STS de 29 de enero de 2015², confirmada por otras posteriores³ marcó un punto de inflexión en este ámbito y mitigó el grado de incertidumbre

* Los autores agradecen la colaboración de Lola NOGUERA ALBA en la recopilación de algunos de los materiales para la preparación y redacción de este artículo. Las opiniones expresadas en este artículo son exclusivas de los autores y no vinculan a ninguna otra persona, despacho, empresa o entidad. Este artículo no constituye asesoramiento jurídico de ningún tipo y está escrito con una finalidad meramente académica. Los autores desean manifestar que ninguna de las críticas expresadas en este artículo en relación con la práctica decisoria de la CNMC debe interpretarse o percibirse como una minusvaloración u obliteración de la labor que diariamente realizan los funcionarios de la CNMC y que todas ellas se realizan desde el más absoluto respeto.

¹ C. LILLO ÁLVAREZ, «La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 15, Sección Estudios, segundo semestre de 2014, p. 8. La autora es subdirectora de Vigilancia en la Dirección de Competencia de la CNMC.

² STS 112/2015, de 29 de enero, rec. núm. 2872/2015. Ponente: Manuel Campos Sánchez-Bordona.

(Véase nota 3 en página siguiente)

existente acerca de la interpretación de los criterios para la cuantificación de las sanciones previstos en los arts. 63 y 64 de la LDC y su aplicación conforme al principio de proporcionalidad que informa el Derecho administrativo sancionador en nuestro ordenamiento⁴.

Con carácter introductorio, conviene destacar que el régimen sancionador recogido en la LDC es válido solo con respecto a las infracciones derivadas de las conductas prohibidas en los arts. 1, 2 y 3 de la LDC, sino también cuando la CNMC aplica en España los arts. 101 y 102 del TFUE, puesto que es pacífico, y así se desprende del Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 (ahora 101 y 102 del TFUE) (el «Reglamento 1/2003»), que las autoridades nacionales pueden remitirse a las normas de sus respectivos procedimientos nacionales cuando aplican las normas sustantivas europeas. En este sentido ha sido interpretado el art. 5 del Reglamento 1/2003, que establece que las autoridades de los Estados miembros son competentes para aplicar los arts. 101 y 102 del TFUE en sus territorios y que, entre otras medidas, pueden imponer «multas sancionadoras», «multas coercitivas» o «cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional». En consecuencia, la actuación de las autoridades españolas de la competencia cuando imponen sanciones también por conductas infractoras de los arts. 101 y 102 se rige por los arts. 63 y 64 de la LDC y el procedimiento previsto en la LDC y en su Reglamento de desarrollo⁵.

Si nos atenemos a la evolución legislativa del régimen sancionador en materia de Competencia, se puede apreciar que con la reforma introducida en el año 2007 el legislador trató de aumentar las garantías constitucionales de los potenciales infractores. La vigente LDC sustituyó el método de cálculo de las multas con arreglo a la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (la «Ley 16/1989»), que otorgaba una amplísima discrecionalidad al extinto Tribunal de Defensa de la Competencia («TDC») para concretar las sanciones⁶, por un sistema en el que se establecen tres horquillas de graduación de las multas en función de su gravedad, clasificándose las infracciones tipificadas en los arts. 1, 2 y 3 de la LDC en leves, graves y muy graves⁷.

En línea con la intención del legislador de 2007 de dotar de una mayor seguridad jurídica y transparencia, en definitiva, de previsibilidad, al

³ Así lo reconoció el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 29 de enero de 2015, rec. núm. 2872/2015, cuando sostiene que el art. 5 del Reglamento 1/2003 no impone un modelo uniforme en el diseño de los regímenes nacionales de aplicación de las normas de competencia y que, en consecuencia, les concede libertad para determinar sus propias sanciones en la aplicación en su territorio de las normas de competencia de la Unión Europea (FJ 6.º).

⁴ Principio específicamente recogido en el art. 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y que es tributario del principio de igualdad consagrado en el art. 24 de la Constitución Española.

⁵ Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

⁶ Véase el art. 10 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

⁷ Art. 62 de la LDC.

método de cálculo de las sanciones por infracciones de la normativa de la competencia en España, la extinta Comisión Nacional de la Competencia (la «CNC»), haciendo uso de la habilitación legal conferida por la Disposición Adicional tercera de la LDC, adoptó la Comunicación de 6 de febrero de 2009, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los arts. 1, 2, y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (ahora arts. 101 y 102 del TFUE) (la «Comunicación de 2009»)⁸.

Con la entrada en vigor de la vigente LDC y la posterior adopción de la Comunicación de 2009, en la que se realizó un importante esfuerzo por aclarar el método de cálculo de las multas, se podría haber pensado *a priori* que el método en sí de cuantificación de las sanciones *antitrust* en España quedaba blindado frente a posibles impugnaciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, la doctrina de la Audiencia Nacional («AN»), fijada por primera vez en su Sentencia de 6 de marzo de 2013⁹, y la jurisprudencia del TS después, a partir de su Sentencia de 29 de enero de 2015, y en sentido contrario a lo resuelto por la AN, introdujeron cambios significativos en el método de cálculo de las multas previsto en la Comunicación de 2009, tal y como se explicará en este artículo.

Tras la STS de 29 de enero de 2015, los operadores y sus asesores legales tienen por lo menos dos cosas claras: i) que el porcentaje máximo del 10 por 100 que se puede aplicar sobre el volumen de negocios total de la empresa infractora no es un «umbral de nivelación» o factor de moderación de la multa calculada conforme a los criterios de la Comunicación de 2009, sino el máximo de una escala sancionadora que va del 0 al 10 por 100, lo que significa que el método de cálculo de la Comunicación de 2009 no puede seguir aplicándose, y ii) que los porcentajes máximos, que determinan el importe máximo de la posible multa, según la infracción sea leve, grave o muy grave, se aplican al volumen de negocios *total* de la empresa infractora, es decir, no únicamente al volumen de negocios realizado en el mercado afectado por la infracción, como defendía la doctrina de la AN posterior a marzo de 2013.

Pese a estas certezas, la actual situación no elimina los problemas que aquejan al sistema español de defensa de la competencia desde la óptica de los principios de seguridad jurídica, previsibilidad y transparencia, como revelan algunas de las resoluciones que han sido adoptadas por el Consejo de la CNMC con posterioridad al 29 de enero de 2015. En líneas generales, la metodología de cuantificación de las sanciones se sigue percibiendo en el foro como un método poco transparente, que permite una amplia discrecionalidad a la CNMC. Incluso admitiendo que la CNMC puede disponer de

⁸ BOE de 11 de febrero de 2009, núm. 36, Sección III, pp. 14654 y ss. Sobre la naturaleza jurídica de esta Comunicación en nuestro ordenamiento, véase J. C. LAGUNA DE PAZ, «Criterios para la fijación de las sanciones en materia de defensa de la competencia impuestas por las autoridades españolas. A propósito de la STS de 29 de enero de 2015 (rec. núm. 2872/2013)», *Competencia y Distribución*, núm. 12, marzo de 2015, p. 87.

⁹ SAN 2745/2013, de 6 de marzo, rec. núm. 619/2010.

un cierto margen de discrecionalidad en el cálculo de las sanciones, ello no puede servir de excusa para relajar el deber de motivar suficientemente la determinación de las sanciones si se quiere garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva de las empresas sancionadas¹⁰.

El objetivo principal de este artículo es analizar la evolución en el método de cálculo de las sanciones por infracción de la normativa de la competencia aplicable en España, que, como se ha expuesto, viene delimitado en los últimos años, por un lado, por la doctrina de la AN, que tiene su origen en la citada SAN de 6 de marzo de 2013, y por otro, por la jurisprudencia del TS que, casando parcialmente la doctrina de la AN, fija algunos parámetros para el cálculo de las multas con arreglo a los arts. 63 y 64 de la LDC. Se analiza también cómo ha entendido la CNMC la jurisprudencia del TS en los casos que ha resuelto a partir de finales de enero de 2015, y se apuntan algunas consideraciones de *lege ferenda* que, a nuestro juicio, podrían contribuir a reducir la inseguridad jurídica que todavía se aprecia en la actualidad en este ámbito.

2. LAS SANCIONES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El ejercicio de la potestad sancionadora por la CNMC se materializa principalmente a través de la imposición de multas, existiendo un amplio consenso acerca de la idoneidad de las sanciones pecuniarias para que el Derecho de la competencia alcance uno de sus principales objetivos, como es disuadir a los operadores económicos de realizar conductas anticompetitivas¹¹. La caracterización del Derecho de la competencia como un Derecho sancionador y punitivo de aquellas conductas que constituyen infracciones a la competencia es una noción que se retrotrae al propio origen del Derecho de la competencia moderno, cuya norma más destacada es la Sherman Act estadounidense (1890).

Distanciándose del sistema anglosajón que criminaliza aquellas infracciones muy graves del Derecho *antitrust* sometiéndolas a sanción mediante multa, pena privativa de libertad, o ambas, en el sistema continental europeo impera la potestad de la administración pública en la protección de la concurrencia de competencia efectiva en el mercado. En la Unión Europea, aquellas conductas que infrinjan o puedan infringir el Derecho de la com-

¹⁰ Algunos autores habían destacado, con anterioridad a la SAN de 6 de marzo de 2013, la necesidad de motivar mejor la determinación de las multas en las resoluciones de la CNMC. Véase R. ALLENDESALAZAR y A. RINCÓN, «El cálculo de las multas por la CNC», en *Cuestiones actuales en el procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, capítulo V, Civitas, 2014, pp. 354-355.

¹¹ Siendo el otro gran objetivo la reparación del daño causado por las prácticas restrictivas de la competencia mediante el ejercicio de acciones de daños y perjuicios por los perjudicados contra los infractores de las normas de la competencia. Cfr. C. PASCUAL PONS, «Proporcionalidad y disuasión en las multas de competencia», *Papeles de Economía Española, Regulación y política de defensa de la competencia en España*, núm. 145, septiembre de 2015.

petencia, son sancionadas en vía administrativa a través de la imposición de multas coercitivas y disuasorias. El art. 23.5 del Reglamento 1/2003 establece expresamente que las multas impuestas por infracción del art. 101 o del art. 102 del TFUE no tienen carácter penal. No obstante, en la práctica constantemente se invoca la doctrina de la Sentencia de 29 de septiembre de 2011 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *A. Menarini Diagnostics, S. R. L. c. Italia*¹², que destaca que algunas multas, en atención a su elevada cuantía, revisten carácter penal¹³.

En nuestro ordenamiento jurídico, el legislador español, en consonancia con la línea seguida por otros ordenamientos jurídicos europeos, ha venido dotando al Derecho de la competencia de un marcado carácter sancionador con el objetivo de disuadir a los operadores económicos de atentar contra el buen funcionamiento del mercado a través de la imposición de multas coercitivas. Precisamente por ello, el régimen sancionador en materia de defensa de la competencia pretende evitar que el infractor obtenga un beneficio ilícito superior al importe de la multa impuesta¹⁴.

En la primigenia regulación del Derecho de la competencia en la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, ya se estableció un sistema de defensa de la competencia de naturaleza administrativa, si bien con carácter subsidiario se contemplaba el recurso a la jurisdicción ordinaria penal en aquellos supuestos en los que se desobedecieran las intimaciones del entonces Tribunal de Defensa de la Competencia (el «TDC»)¹⁵. En este contexto jurídico, el TDC estaba facultado para castigar aquellas prácticas contrarias al Derecho de la competencia con «multas de cinco mil a cien mil pesetas», sin perjuicio de que aquellas entidades que desobedecieran las intimaciones del TDC podían ser sancionadas penalmente¹⁶. No nos consta ningún caso en el que esta disposición de remisión al orden penal se llegase a aplicar.

¹² F. Díez Estella y P. Pérez Fernández, «La problemática vigencia de los derechos fundamentales en las multas derivadas de los ilícitos anticompetitivos», *Diario la Ley*, núm. 8611, Sección Doctrina, 23 de septiembre de 2015.

¹³ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 27 de septiembre de 2011, asunto núm. 43509/2008, *A. Menarini Diagnostics SRL c. Italia*. «41. Quant à la nature et à la sévérité de la sanction “susceptible d’être infligée” à la requérante [*Ezeh et Connors c. Royaume-Uni (GC)*, nos 39665/98 et 40086/98, § 120, CEDH 2003-X], la Cour constate que l’amende en question ne pouvait pas être remplacée par une peine privative de liberté en cas de non-paiement (a contrario, *Anghel c. Roumanie*, núm. 28183/03, § 52, 4 octobre 2007). Cependant, elle note que l’AGCM a prononcé en l’espèce une sanction pécuniaire de six millions d’euros, sanction qui présentait un caractère répressif puisqu’elle visait à sanctionner une irrégularité, et préventif, le but poursuivi étant de dissuader la société intéressée de recommencer. [...] 42. A la lumière de ce qui précède et compte tenu du montant élevé de l’amende infligée, la Cour estime que la sanction relève, par sa sévérité, de la matière pénale [*Öztürk précité*, § 54, et, a contrario, *Inocêncio c. Portugal (déc.)*, no 43862/98, CEDH 2001 I]».

¹⁴ J. E. López Candela, «Perspectivas de futuro del régimen sancionador en materia de defensa de la competencia», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2015.

¹⁵ El TDC tuvo originariamente una naturaleza jurisdiccional, transformándose en un organismo administrativo cuando en España fueron abolidas las jurisdicciones especiales.

¹⁶ Véase el art. 27 de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. Esta Ley fue introducida en España por indicación del Gobierno de los Estados Unidos en el marco de los acuerdos económicos suscritos en los años cincuenta entre España y Estados Unidos, y directamente como parte del paquete modernizador de la economía española contemplado

Con la Ley 16/1989, que deroga la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, se introduce por primera vez en el sistema *antitrust* español una norma con un marco sancionador de gran potencial disuasorio, acompañado de una más que notable voluntad política de aplicarlo efectivamente, lo que ciertamente tiene, que mereció desde la perspectiva de la protección de la libre competencia una valoración positiva¹⁷. El art. 10 de la Ley 16/1989 facultaba en su apartado 1 al TDC para imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones o uniones o agrupaciones de aquellas, multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podía ser incrementada hasta el 10 por 100 del «volumen de ventas» correspondiente al ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución del TDC. Y el apartado 2 establecía los criterios a tener en cuenta por el TDC para concretar el importe de la sanción.

El sistema sancionador de la Ley 16/1989 no estuvo exento de críticas. Algunos autores destacaban que no se clasificaban las infracciones en razón de su gravedad (esto es, como leves, graves y muy graves), ni se establecía una graduación (entre un mínimo y un máximo) de las posibles sanciones¹⁸, por lo que el art. 10 de la Ley 16/1989 otorgaba al TDC una enorme discrecionalidad, solo matizada por los criterios de graduación, incluyendo atenuantes y agravantes, previstos en el apartado 2 del mismo precepto. Por ello, se argumentaba que esta regulación no satisfacía las exigencias del principio de legalidad sancionadora derivado del art. 25 de la Constitución Española, siendo, por tanto, inconstitucional¹⁹.

No obstante esta opinión, el TS, en diversas Sentencias (de 6 de marzo de 2003, de 23 de marzo de 2003 o de 29 de mayo de 2013), resolvió que el art. 10 de la LDC no era susceptible de reproche de constitucionalidad porque resulta:

«[...] Inevitable otorgar al TDC un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas de “dosimetría

en el Plan de Estabilización de 1959 (A. CASTAÑEDA BONICHE, «Algunos recuerdos y reflexiones en el cincuentenario de la primera Ley de competencia en España», *50 Aniversario de la primera Ley de Competencia en España*, enero-febrero 2014, núm. 876 ICE).

¹⁷ Algunos comentaristas han argumentado que con el límite porcentual máximo del 10 por 100 (art. 63.1 de la LDC) se está renunciando a que la economía en su conjunto se resarza de un posible «daño social» superior al 10 por 100 de las ventas anuales totales de la empresa infractora, y que, si esta generase con su actividad ilegal un beneficio ilícito igual o superior al 10 por 100 de sus ventas totales anuales, tendría claros incentivos para seguir infringiendo la normativa de competencia (M. CUERDO MIR y J. BRIONES ALONSO, «Cuestiones actuales en el procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia», en *Análisis económico de la imposición de multas en expedientes sancionadores de defensa de la competencia*, capítulo V, 2014, p. 314). Aun siendo un argumento que puede tener su lógica desde un punto de vista económico, entendemos que un régimen sancionador debe ponderar adecuadamente su finalidad disuasoria con la necesidad de respetar el principio de tipicidad sancionadora, que exige proporcionar a las empresas un grado suficiente de certeza acerca de las posibles multas. Asimismo, no se puede descartar que el «daño social» se pueda recuperar por la vía de la aplicación privada del Derecho de la competencia.

¹⁸ J. COSTAS COMESAÑA, «El procedimiento sancionador. Las multas», *GJ*, núm. 1, enero-febrero de 2008, p. 4.

¹⁹ *Ibid.*, refiriéndose al trabajo de S. MEDRANO y P. TRAMOYERS, «El régimen sancionador en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia: perspectiva de la inconstitucionalidad por vulneración del principio de legalidad sancionadora», *GJ*, núm. 241, enero-abril de 2006, pp. 61-70.

sancionadora” rigurosamente exigibles. Si ello es así en el ejercicio general de las potestades administrativas cuando la Ley lo consiente, tanto más lo será respecto de la potestad sancionadora en el ámbito de la defensa de la competencia [...], y añade [...] estimamos que los apartados primero y segundo del art. 10 no son susceptibles de reproche de inconstitucionalidad [...] Pues la inevitable utilización de elementos de valoración referenciados a factores económicos de diversa naturaleza (cuotas de mercado, dimensiones de este, efectos sobre los consumidores y otros similares) no convierte en absolutamente indeterminados los criterios para fijar la “importancia” de la infracción en cada caso, se trata de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en la medida en que las empresas afectadas pueden, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija el art. 10, en términos absolutos o relativos [...]» (STS de 6 de marzo de 2003, FJ 10.º)²⁰.

Las sucesivas reformas de la Ley 16/1989²¹ así como la modernización que a raíz de la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 había experimentado el Derecho de la competencia de la Unión Europea, y el consecuente y acertado deseo de alinear nuestro Derecho *antitrust* con Derecho comunitario, llevaron finalmente al Gobierno a plantear una reforma de la normativa española de la competencia mediante la aprobación de un nuevo texto legal.

Pese a no haber suscitado ningún pronunciamiento de inconstitucionalidad, y haber sido aceptada su constitucionalidad por el TS mediante el rechazo a plantear cuestiones de inconstitucionalidad, las carencias del sistema sancionador de la Ley 16/1989 no pasaron desapercibidas para el Gobierno y, en última instancia, para el legislador.

En el *Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia*, publicado el 20 de enero de 2005 por el Ministerio de Economía y Hacienda, y sometido a una ejemplar y amplia difusión y consulta pública, se reconocía que la Ley 16/1989 carecía de una tipificación adecuada de las distintas infracciones a efectos de graduación de las multas. Por esta razón, entre sus propuestas de reforma incluía la necesidad de graduar las infracciones en muy graves, graves y leves para permitir una adecuada correlación entre estas y las sanciones impuestas, «lo que reforzaría la transparencia y objetividad de las decisiones...». Se

²⁰ Doctrina corroborada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 175/2012, de 15 de octubre, recaída en el recurso de amparo interpuesto contra la STS de 3 de febrero de 2009, rec. núm. 3073/2006.

²¹ Ley 62/2003, de 30 de diciembre (BOE-A-2003-23936); Ley 36/2003, de 11 de noviembre (BOE-A-2003-20695); Real Decreto-ley 2/2003, de 25 de abril (BOE-A-2003-8589); Ley 53/2002, de 20 de diciembre (BOE-A-2002-25412); Ley 24/2001, de 27 de diciembre (BOE-A-2001-24965); Ley 9/2001, de 4 de junio (BOE-A-2001-10565); Real Decreto-ley 2/2001, de 2 de febrero (BOE-A-2001-2423); Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio (BOE-A-2000-11836); Ley 52/1999, de 28 de diciembre (BOE-A-1999-24706); Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril (BOE-A-1999-8577); Ley 66/1997, de 30 de diciembre (BOE-A-1997-28053) y Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio (BOE-A-1996-13002).

destacaba también que podría estudiar la posibilidad de aplicar una metodología de cálculo de las multas similar a la seguida por la Comisión Europea²².

Como veremos, estas observaciones y recomendaciones se reflejaron tanto en el texto de la vigente LDC, como en la práctica de la propia autoridad estatal de la competencia (entonces la CNC) mediante la adopción de la Comunicación de 2009 para el cálculo de las multas al amparo de los arts. 63 y 64 de las LDC, ya citada. Con las modificaciones introducidas en el sistema sancionador *antitrust* español en el año 2007, el legislador trató de proporcionar una mayor seguridad jurídica, previsibilidad y transparencia, en línea con el principio de legalidad que marca la Constitución, intentando acotar, como se expone a continuación, la potestad sancionadora de la autoridad de competencia.

La LDC regula el régimen sancionador aplicable a las conductas infractoras en sus arts. 62, 63 y 64. El art. 62, a diferencia del art. 10 de la Ley 16/1989, clasifica las infracciones entre *leves*, *graves*, y *muy graves*. La cuantificación de las multas se vincula a la calificación de la infracción de tal forma que el art. 63.1 dispone que las sanciones leves pueden ser castigadas con una multa de hasta 1 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa; las infracciones graves con una multa de hasta el 5 por 100, y las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 por 100²³.

Como se puede ver, el legislador, introduce un límite mínimo común para las tres categorías de infracciones (0 por 100) y un umbral máximo de porcentaje a aplicar sobre el volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, de hasta el 1 por 100 para las infracciones leves, hasta el 5 por 100 para las graves, y hasta el 10 por 100 para las muy graves. En aquellos casos en los que no sea posible delimitar el volumen de negocios de la entidad infractora, las infracciones leves pueden ser sancionadas con una multa de 100.000 a 500.000 euros; las infracciones graves con una multa de 500.001 a 10 millones de euros; y las infracciones muy graves con una multa de más de 10 millones de euros²⁴.

²² Libro Blanco, apartados 131, 147 y 148.

²³ Si el infractor es una persona jurídica (es decir, en la gran mayoría de los casos), la LDC contempla también la posibilidad de imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en las prácticas infractoras (art. 63.2 de la LDC). Aunque esta es una vía que, hasta la fecha, ha sido utilizada en muy pocas ocasiones, se advierte que la CNMC quiere potenciar este tipo de sanciones en el futuro [véase la Comparecencia del presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), D. José María Marín Quemada, ante la Comisión de Economía y Competitividad, para informar del Plan de Actuación 2015 de la CNMC, *Diario de Sesiones del Senado*, Comisión de Economía y Competitividad, 22 de abril de 2015, núm. 444, p. 6: «Debo adelantarles también que la capacidad disuasoria del sistema sancionador puede apoyarse —y esta es una vía que queremos potenciar— acudiendo a lo dispuesto en el art. 63.2 de la Ley de defensa de la competencia, que prevé multas de hasta 60.000 euros a los directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión prohibida; cuestión nueva que quería compartir como primicia con sus señorías»].

²⁴ Art. 63.3 LDC.

El régimen sancionador que regula la LDC se completa con el art. 64 que contempla un listado no exhaustivo de criterios de graduación de la multa (apdo. 1), y dos listados, que tampoco son *numerus clausus*, de atenuantes y/o agravantes, para fijar el monto final de la multa (apdos. 2 y 3, respectivamente)²⁵.

Como se ha indicado, en línea con lo que se apuntaba en el Libro Blanco citado y con el fin de elevar el nivel de transparencia y la objetividad en el cálculo de las multas y alinearse con la práctica europea²⁶, la extinta CNC (actual CNMC) hizo uso de la habilitación legal prevista en la Disposición Adicional tercera de la LDC, y en el año 2009 el Consejo de Defensa de la Competencia publicó una Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los arts. 1, 2, y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (la denominada en este artículo «Comunicación de 2009»).

El método que contemplaba la Comunicación de 2009 para la fijación se componía de tres fases: i) determinación del importe básico de sanción, para lo que se tenían en cuenta las letras *a)* a *e)* del art. 64.1 de la LDC, atendiendo a la dimensión del mercado afectado; ii) aplicación de un coeficiente de ajuste al importe básico en función de las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes y que suponía un aumento o disminución de este importe en un porcentaje de entre un 5 y un 15 por 100, y iii) ajuste, cuando procedía, de la cantidad obtenida en el punto ii) a los límites establecidos en la LDC (art. 63.1) y al beneficio ilícito obtenido por el infractor como consecuencia de la infracción por cuanto que la multa no podía ser inferior a este²⁷.

El importe básico se calculaba como una proporción del volumen de ventas en los mercados de producto y geográfico donde se hubiera producido la infracción y por toda la duración de la infracción. En concreto, la propia Comunicación de 2009 disponía que ese importe básico era la suma ponderada de las ventas obtenidas en el mercado afectado por la empresa infractora de conformidad con los coeficientes correctores decrecientes que se establecía en su apartado 15: para el último año de la infracción, el coeficiente era 1, para el año 2, 0,75, para el año 3, 0,50, para el año 4, 0,25, para el año 5, 0,15, para el año 6, 0,10, y para el año 7 y siguientes el 0,05²⁸. Al

²⁵ Pese a la notable mejora respecto del sistema sancionador de la Ley 16/1989, algunos comentaristas consideraron la reforma insuficiente desde una perspectiva constitucional. Según ellos, se le permitía todavía a la autoridad de competencia un excesivo margen de direccionalidad para el cálculo de las sanciones, que juzgaban contrario a la exigencia de *lex certa* inherente al derecho fundamental a la legalidad y tipicidad sancionadora (véase referencia a esta cuestión y opinión en contra: J. COSTAS COMESAÑA, «El procedimiento sancionador. Las multas», *GJ*, núm. 1, enero-febrero de 2008, p. 5).

²⁶ M. CUERDO MIR y J. ALONSO, *op. cit.*, p. 304.

²⁷ Véanse apartados 8 a 17 de la Comunicación 2009.

²⁸ Véase R. ALLENDESAZAR y A. RINCÓN, «El cálculo de las multas por la CNC», en *Cuestiones actuales en el procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, capítulo V, Civitas, 2014, p. 356, quienes destacan que la Comunicación de 2009 introdujo por primera vez en España una forma objetiva de ponderar la duración de la infracción a la hora de fijar la multa, y que esta ponde-

importe básico así calculado se le aplicaba un porcentaje que partía del 10 por 100, y que se podía incrementar 10 puntos porcentuales si la infracción era calificada como muy grave (cárteles, por ejemplo), y un 10 por 100 adicional, es decir hasta un máximo de un 30 por 100, si el mercado o mercados relacionados con la infracción corresponden a un *input* productivo susceptible de provocar efectos en cascada en distintos mercados²⁹. Es decir, que el importe básico representaba una proporción del volumen de ventas que se situaba entre el 10 y el 30 por 100 de este volumen de ventas³⁰.

En la Comunicación de 2009 se recogía la interpretación que la entonces CNMC hacía del art. 63.1 de la LDC, por cuanto que se indicaba que, una vez calculado el importe de la sanción conforme a la metodología anterior, se tenía que verificar si dicho importe superaba el importe resultante de aplicar el correspondiente porcentaje (1, 5 o 10 por 100, en función de la gravedad de la infracción) al volumen de facturación total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior a la sanción y, en ese caso, la cuantía que resultaba de aplicar los criterios de la Comunicación de 2009 tenía que reducirse para no superar el umbral sancionador máximo³¹, lo que significa que el importe final de la multa se situaba en el máximo permitido para cada tipo de infracción y que en el caso de las sanciones más graves es del 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora. Es importante entender el funcionamiento de este mecanismo correctivo para comprender el debate que en sede pretoriana se planteó desde 2013 y hasta 2015 en relación con la interpretación del art. 63.1 de la LDC y más en concreto del límite máximo porcentual del 10 por 100.

La adopción de la Comunicación de 2009 por la CNC fue, en general, positivamente recibida por el foro, y ciertamente, supuso un esfuerzo muy significativo por parte de la autoridad española para aclarar los criterios que iba a aplicar para concretar las multas³², mejorando así el sistema sancionador español a la luz de los principios de previsibilidad, transparencia, objetividad y seguridad jurídica. Por tanto, la Comunicación permitió crear una cierta «zona de confort» para los asesores legales de las empresas in-

ración parecía en su conjunto más acertada que la prevista en las Directrices de la Comisión Europea, por cuanto que estas últimas, no establecen coeficientes de ponderación decrecientes, sino que cada año de duración tiene un efecto multiplicador sobre el importe base (para cuyo cálculo se parte del volumen de negocios afectado el último año completo de infracción). Es decir, que el importe base se multiplica por el número de años que dura la infracción [Directrices para el cálculo de las multas en aplicación del art. 23, apdo. 2, letra a) del Reglamento (CE) núm. 1/2003, *DOUE* C210/2, de 1 de septiembre de 2006, apdos. 19 y 24].

²⁹ Apartado 14 de la Comunicación de 2009. Véase, como ejemplo de aplicación de esta metodología, la Resolución de la CNC de 19 de octubre de 2011, Expte: S/0226/10, *Licitaciones de carreteras*.

³⁰ Apartados 9 a 14 de la Comunicación de 2009.

³¹ Apartados 19 y 20 de la Comunicación de 2009 («Límites de las sanciones»). Véase, como ejemplo de esta práctica, entre otras, la Resolución de la CNC de 26 de octubre de 2011, Expte: S/0192/09 *Asfaltos*, y la Resolución de la CNC de 23 de febrero de 2012, Expte.: S/0244/10, *Navieras Baleares*.

³² F. LÖWHAGEN, «Las asociaciones de empresas en el Derecho de la Competencia español: conceptos básicos y régimen sancionador», *GJ*, núm. 14, p. 21. Véase también en este sentido R. ALLENDESALAZAR y A. RINCÓN, *op. cit.*, p. 354.

fractoras, que podían estimar la cuantía de una posible sanción, de la que ahora, con la derogación *de facto* de la Comunicación de 2009 por la STS de 29 de enero de 2015 carecemos.

Con la Comunicación se apreció también una mejora en el nivel de motivación de las resoluciones de la CNC, y después de la CNMC, en la graduación de las multas, si bien, para algunos comentaristas, dicha mejora fue desigual según la resolución que se analice³³. Por otro lado, aunque la Comunicación de 2009 fue bien recibida por reducir el grado de incertidumbre sancionadora derivada de la redacción de los arts. 63 y 64 de la LDC y, según algunos comentaristas, también de la propia práctica del extinto TDC³⁴, se criticó que su metodología conllevaba (y así fue en la práctica)³⁵ un incremento significativo de las cuantías de las multas respecto del periodo precedente en línea, por otra parte, con lo querido por la extinta CNC, y que ello era poco respetuoso con los principios de proporcionalidad y legalidad propios del Derecho español sancionador (art. 25 de la Constitución Española).

En particular, este incremento de las multas se vinculaba al establecimiento, para el cálculo del importe base de la sanción, de una cantidad mínima correspondiente al 10 por 100 del volumen de negocios de la empresa infractora en el mercado afectado por la infracción, así como a la atribución específica a cada año de la infracción de un porcentaje decreciente que contrasta con lo dispuesto en el art. 64, en el que la duración no tiene asignado un montante concreto para cada uno de los posibles años de duración de la infracción, y, finalmente, al hecho de normalmente incrementar hasta en un 10 por 100 el porcentaje aplicado al referido volumen de ventas (esto es hasta un 20 por 100)³⁶.

A juicio de algunos autores, la Comunicación de 2009 tampoco resolvía la asimetría procedimental que en la práctica se planteaba entre la CNMC y las empresas imputadas, y que se sigue planteando en la actualidad, vinculada al momento en el que las empresas conocen la multa que se les ha impuesto. El hecho de que en la propuestas de resolución de la Dirección de Competencia de la CNMC no se contemple un apartado en el que se proponga al Consejo de la CNMC la cuantía de la multa que a juicio de la Dirección de Competencia debería imponerse en la resolución final, conlleva que las empresas investigadas solo puedan conocer el importe de la multa

³³ R. ALLENDESALAZAR y A. RINCÓN, *op. cit.*, pp. 354-355.

³⁴ *Ibid.*, p. 354.

³⁵ Véase, a título de ejemplo, las Resoluciones de 12 de noviembre de 2009, Expte.: S/0037/08, *Compañías de Seguro Decenal* (120 millones de euros); de 7 de noviembre de 2012, Expte.: S/0331/11, *Navieras Marruecos* (88,5 millones de euros) de 19 de diciembre de 2012, Expte.: S/0248/10, *Mensajes Cortos* (119 millones de euros) y de 25 de marzo de 2013, Expte.: S/0316/10, *Sobres de papel* (44 millones de euros).

³⁶ Nótese que este porcentaje podía llegar, según la comunicación, hasta un 30 por 100. Véase C. VÉRGEZ MUÑOZ y M. Á. PÉREZ GUERRA, «La posición de dominio en los mercados de telecomunicaciones: la Resolución 646/08 *Axión/Abertis*, de la CNC, de 19 de 2009», en *2010 Anuario mercantil para abogados. Los casos más relevantes de 2009 de los grandes despachos*, edición núm. 1, Madrid, La Ley, mayo de 2010, p. 9.

cuando se les notifica la resolución adoptada por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC³⁷, es decir, que solo en ese momento pueden oponerse a la cuantía de la multa y a los motivos que la justifiquen, pero ya presentando el oportuno recurso contencioso-administrativo ante la AN.

A nuestro juicio, y sin necesidad de prejuzgar en este artículo la que ha sido, hasta la fecha, la práctica de las autoridades españolas de la competencia, tanto la estatal como las autonómicas, esta situación podría resolverse modificando la LDC para disponer expresamente que la propuesta de resolución debe incluir también un apartado con una propuesta motivada de la cuantía de la sanción, de forma que las partes del procedimiento puedan presentar sus alegaciones sobre la cuantificación de la multa en ese momento y que estas puedan ser analizadas detenidamente en fase de resolución por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

La compatibilidad de la Comunicación de 2009 con el principio de proporcionalidad fue planteada por algunas empresas infractoras ante la AN, y objeto de revisión por el TS, que finalmente declaró contraria al art. 63 de la LDC la metodología para el cálculo de las sanciones recogida en la Comunicación de 2009. Tanto la doctrina de la AN, que difiere en un aspecto esencial de la jurisprudencia del TS, como la jurisprudencia del Alto Tribunal se analizan en los apartados siguientes.

3. LA DOCTRINA DE LA AUDIENCIA NACIONAL EN MATERIA DE CÁLCULO DE MULTAS

En su Sentencia de 6 de marzo de 2013³⁸, por la que resolvía un recurso contra la Resolución de la CNC, de fecha 28 de julio de 2010, en el expediente S/0091/08 *Vinos Finos de Jerez*, la Sección 6.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional adoptó, por primera vez, una interpretación del art. 63 de la LDC que difería significativamente de la mantenida y aplicada hasta esa fecha por la CNMC e incluso por la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN.

La postura de la AN era ciertamente la mayoritaria, pero no unánime, como reflejan los numerosos votos particulares que se pronunciaron, tanto a esa primera Sentencia de 6 de marzo de 2013, como a otras posteriores emitidas por la Sección 6.ª de misma Sala³⁹. Precisamente como reflejo de esta disparidad de criterio entre los entonces magistrados de la Sección 6.ª de la Sala, y justo un día antes de dictar la Sentencia de 6 de marzo, la AN

³⁷ S. MEDRANO IRAZOLA, *El Derecho Europeo de la Competencia y su aplicación en España*, Fundación Wolters Kluwer, capítulo X, 2014, p. 272.

³⁸ SAN 2745/2013, de 6 de marzo, rec. núm. 619/2010. Ponente: Concepción Mónica Montero Elena.

³⁹ Como ejemplos, voto particular de la magistrada Lucía Acín Aguado (Sentencia de 24 de junio de 2013, rec. núm. 29/2012, *Transitarios 2*); voto particular del magistrado Santiago Soldevila Fragoso (Sentencia de 14 de marzo de 2014, rec. núm. 153/2013, *Espuma de poliuretano*), o el voto particular del magistrado Javier Eugenio López Candela (Sentencia de 12 de marzo de 2014, rec. núm. 172/2011, *Peluquería profesional*).

dictaba una sentencia (rec. núm. 566/2011), por la que resolvía un recurso contra la Resolución de la entonces CNC en el asunto *Misturas, Obras, e Proxectos* (Expte. S/0226/10, *Licitaciones carreteras*) y en la que aplicaba la Comunicación de 2009, confirmando así su validez. La ponente de esta sentencia fue la magistrada Lucía Acín Aguado, quien, sin que resulte sorprendente, sería también la magistrada que formularía voto particular a la Sentencia de 6 de marzo de 2013.

A esta primera Sentencia de 6 de marzo le siguieron el mismo mes y en el mismo sentido otras sentencias que resolvían recursos derivados del mismo asunto (*Vinos Finos de Jerez*), y a lo largo de 2013 y 2014, fueron también numerosas las sentencias pronunciadas por la AN anulando parcialmente las resoluciones de la CNMC que habían aplicado el método de cálculo de la Comunicación de 2009 y ordenando a la CNMC un nuevo cálculo de las multas impuestas⁴⁰ basado exclusivamente en los arts. 63 y 64 de la LDC y no en la Comunicación⁴¹.

En el recurso planteado por una de las empresas sancionadas por la CNMC contra la Resolución de la CNMC en el asunto *Vinos Finos de Jerez*, y que dio lugar a la ya citada Sentencia de 6 de marzo de 2013, se alegó, como motivo de nulidad parcial de la Resolución, la falta de proporcionalidad de la multa impuesta, es decir, la vulneración del principio de proporcionalidad a la hora de graduar la multa a imponer. Para analizar este motivo de recurso, y aunque, como se reconoce la propia sentencia, la

⁴⁰ Téngase en cuenta que en nuestro ordenamiento la función judicial es el control de legalidad y no la adopción de decisiones de naturaleza administrativa. Por eso, ni la AN ni el TS fijan una sanción alternativa en sus sentencias y ordenan a la CNMC recalcular la sanción. Esta situación contrasta con la función de «jurisdicción plena» de los tribunales comunitarios (art. 31 del Reglamento 1/2003 en relación con el art. 261 del TFUE), que les faculta tanto para anular las decisiones de la Comisión Europea como para fijar ellos mismos el importe final de la multa (véase J. C. LAGUNA DE PAZ, *op. cit.*, pp. 8-9).

⁴¹ Entre otras, SAN de 7 de marzo de 2013, rec. núm. 535/2010 (VS/0091/08 *Vinos Finos de Jerez*); SAN de 8 de marzo de 2013, rec. núm. 540/2010 (VS/0091/08 *Vinos Finos de Jerez*); SAN de 13 de marzo de 2013, rec. núm. 674/2010 (VS/0091/08 *Vinos Finos de Jerez*); SAN de 10 de abril de 2013, rec. núm. 622/2010 (VS/0091/08 *Vinos Finos de Jerez*); SAN de 12 de junio de 2013, rec. núm. 582/2010 (VS/0091/08 *Vinos Finos de Jerez*); SAN de 21 de noviembre de 2013, rec. núm. 707/2010 (VS/0091/08 *Vinos Finos de Jerez*); SAN de 15 de enero de 2014, rec. núm. 544/2010 (VS/0091/08 *Vinos Finos de Jerez*); SAN de 21 de marzo de 2013, rec. núm. 699/2011 (VS/0226/10 *Licitaciones de Carretera*); SAN de 17 de junio de 2013, rec. núm. 673/2011 (VS/0226/10 *Licitaciones de Carretera*); SAN de 1 de octubre de 2013, rec. núm. 688/2011 (VS/0226/10 *Licitaciones de Carretera*); SAN de 12 de marzo de 2014, rec. núm. 172/2011 (VS/0086/08 *Peluquería Profesional*); SAN de 2 de abril de 2014, rec. núm. 194/2011 (VS/0086/08 *Peluquería Profesional*); SAN de 9 de abril de 2014, rec. núm. 222/2011 (VS/0086/08 *Peluquería Profesional*); SAN de 9 de julio de 2014, rec. núm. 174/2011 (VS/0086/08 *Peluquería Profesional*); SAN de 17 de junio de 2013, rec. núm. 599/2010 (VS 0120/08 *Transitarios*); SAN de 7 de abril de 2014, rec. núm. 570/2010 (VS 0120/08 *Transitarios*); SAN de 7 de abril de 2014, rec. núm. 573/2010 (VS 0120/08 *Transitarios*); SAN de 16 de abril de 2014, rec. núm. 568/2010 (VS 0120/08 *Transitarios*); SAN de 24 de junio de 2013, rec. núm. 29/2012 (VS/0269/10 *Transitarios 2*); SAN de 18 de julio de 2013, rec. núm. 707/2011 (VS/0060/08 *Sintrabi*); SAN de 17 de junio de 2014, rec. núm. 712/2011 (VS/0060/08 *Sintrabi*); SAN de 23 de junio de 2014, rec. núm. 195/2013 (VS/039/11 *Asfaltos de Cantabria*); SAN de 24 de junio de 2014, rec. núm. 158/2013 (VS/039/11 *Asfaltos de Cantabria*); SAN de 30 de junio de 2014, rec. núm. 146/2013 (VS/039/11 *Asfaltos de Cantabria*); SAN de 1 de julio de 2014, rec. núm. 197/2013 (VS/039/11 *Asfaltos de Cantabria*); o la SAN de 15 de julio de 2014, rec. núm. 195/2013 (VS/039/11 *Asfaltos de Cantabria*).

recurrente no lo planteó así expresamente, la AN sostiene que es necesario analizar dos extremos: la configuración legal del porcentaje máximo del 10 por 100 aplicable a las conductas muy graves, y el volumen de negocio de la empresa infractora sobre el que ha de aplicarse ese 10 por 100 (FJ 8.º)⁴². La respuesta a estas dos cuestiones incidía sobre la futura aplicación de la Comunicación de 2009, por cuanto que, tanto el modo de aplicar el porcentaje del 10 por 100, como el volumen de negocio sobre el que ha de aplicarse, eran elementos determinantes de la metodología de cálculo prevista en la Comunicación.

En cuanto al porcentaje a aplicar, la cuestión que se le plantea a la AN es si el porcentaje del 10 por 100 sobre el volumen de negocios total previsto en el art. 63.1 de la LDC⁴³ y que se establece como el límite máximo de cualquier multa que se pueda imponer a un operador es un «umbral de nivelación» (factor de moderación) que opera *a posteriori* sobre el importe de la multa determinada conforme a los criterios del art. 64 de la LDC, que permitirían establecer una multa por encima de la cuantía resultante de aplicar el 10 por 100 al volumen de facturación total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción, o, por el contrario, debe ser interpretado como parte de un «arco sancionador», que en el caso de las sanciones muy graves se circunscriben a multas que pueden ir desde el 0 por 100 del volumen de negocios hasta un 10 por 100, siendo dentro de ese espectro porcentual donde se tiene que individualizar la multa. Dicho en otras palabras, según esta interpretación, la multa se debía calcular teniendo en cuenta que el techo máximo de su cuantía en las infracciones muy graves es el 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora, y la multa se debía calcular a partir de ese máximo y «hacia abajo».

Como se puede apreciar, seguir una u otra interpretación tiene consecuencias prácticas de gran calado en la configuración de la metodología para el cálculo de las multas al amparo de los arts. 63 y 64 de la LDC. Para la CNMC, como se ha expuesto y se reflejaba en su Comunicación de 2009, el porcentaje del 10 por 100 opera como un «umbral de nivelación»⁴⁴ de las

⁴² Sostiene la AN que no estima necesario someter a las partes tales cuestiones, «pues constituye el análisis de una alegación formulada en la demanda, cual es la proporcionalidad de la sanción, desde el principio *iura novit curia*» (FJ 8.º).

⁴³ La sentencia interpreta también el art. 10 de la ahora derogada Ley 16/1989, que establecía el 10 por 100 sobre el «volumen de negocio» como límite máximo de las sanciones en materia de defensa de la competencia, coincidiendo en este sentido con lo dispuesto en el vigente art. 63 de la LDC. En el asunto *Vinos Finos de Jerez*, la CNC condenó a las empresas por haber infringido el art. 1 de la LDC (Ley 15/2007), vigente en el momento de adoptarse la resolución, pese a que las conductas se remontaban a años anteriores a la entrada en vigor de la Ley 15/2007. La opción por la Ley 15/2007 se justificó en dos motivos: por un lado la conducta infractora estaba prohibida idénticamente en ambas leyes, por lo que a efectos de su calificación jurídica era indiferente aplicar una u otra, y, por el hecho, más determinante, de que el expediente se había iniciado a raíz de una solicitud del programa de clemencia establecido en la Ley 15/2007, por lo que esta resultaba más beneficiosa para solicitante de clemencia y sin que tampoco la aplicación de la Ley 15/2007 fuese menos beneficiosa que la Ley 16/1989 para el resto de las empresas imputadas.

⁴⁴ Esta expresión ha sido utilizada por los tribunales comunitarios cuando se han referido a la aplicación del límite máximo del 10 por 100 al volumen global de negocios del infractor como límite

multas que se calculan conforme a los criterios previstos en el art. 64 de la LDC, tal y como habían sido interpretados y desarrollados en la Comunicación de 2009, y en línea con la que ha sido la aplicación del art. 23.2 del Reglamento 1/2003 por la Comisión Europea y refrendada por los tribunales comunitarios. Es decir, que, según esta interpretación, estamos ante un «límite extrínseco» al de la imposición de la multa que permite corregir el reproche sancionador una vez fijada la multa y reducirla hasta el límite máximo previsto para la sanción correspondiente a la conducta infractora, según sea leve, grave o muy grave.

Por el contrario, la AN razonó en sentido muy diferente y resolvió que conforme a la Constitución Española el límite máximo del 10 por 100 no constituye con arreglo al art. 63 un «umbral de nivelación», sino que forma parte de un «arco sancionador», por lo que el mínimo de la sanción puede ser un 0 por 100 y el máximo un 10 por 100, debiendo graduarse la multa dentro de esa escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes y valorando su duración y gravedad desde la perspectiva de la escala establecida en la LDC, es decir, respecto de las infracciones leves, hasta el 1 por 100, de las graves, hasta el 5 por 100, y de las muy graves, hasta el 10 por 100. Y añadía la AN que nada impide que las multas se fijen en el máximo previsto por la LDC para cada tipo de infracción pero «razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje»⁴⁵.

¿Cómo llega la AN a esta conclusión? En primer lugar, la AN reconoce que la interpretación que hace la CNMC del límite del 10 por 100 está en línea con lo dispuesto en el art. 23.2 del Reglamento 1/2003, pero recuerda que el método sancionador previsto en el Reglamento 1/2003 vincula únicamente a la Comisión Europea y a los tribunales comunitarios, pero no a las autoridades nacionales de la competencia, quienes deben aplicar el régimen sancionador previsto en sus respectivas jurisdicciones cuando aplican los arts. 101 y 102 del TFUE, y sin perjuicio de que el régimen nacional pueda coincidir con el comunitario.

Por tanto, el Reglamento 1/2003 no armoniza el régimen sancionador para las autoridades nacionales de competencia cuando aplican en sus respectivos territorios los arts. 101 y 102 del TFUE, sino que lo circunscribe a los procedimientos incoados por la Comisión Europea. Ello se desprende del art. 5 del Reglamento 1/2003 que únicamente se refiere a la facultad sancionadora de la Comisión Europea, sin remisión a las autoridades nacionales. La AN sostuvo en esta línea que el principio de prevalencia del Derecho de la Unión Europea no «implica que el esquema de atribución

máximo de la multa previsto en el art. 23.2 del Reglamento 1/2003 (cfr., por ejemplo, la Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2012, asunto T-352/09, *Novácké chemiké závody a.s.*, cuyos considerandos 160-164 son reproducidos por la AN en su Sentencia de 6 de marzo de 2013 para ilustrar la postura del Derecho de la Unión Europea en relación a la aplicación por la Comisión Europea del 10 por 100 como límite máximo de sus multas con arreglo al art. 23.2 del Reglamento 1/2003).

⁴⁵ FJ 8.º SAN 2745/2013, de 6 de marzo, rec. núm. 619/2010.

de competencias a la Comisión en materia de Defensa de la Competencia, implique su traslado automático a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia, dada su diferente naturaleza y ámbito de actuación»⁴⁶. Esto significa que del Reglamento 1/2003 no se desprende que su metodología de cálculo de sanciones deba ser aplicada por las autoridades nacionales de la competencia cuando aplican los arts. 101 y 102 en sus respectivos territorios.

Asimismo, y para justificar, la no aplicación del método sancionador del Reglamento 1/2003 por las autoridades nacionales de la competencia, la AN sostiene que la CNMC tiene una naturaleza distinta a la de Comisión Europea, ya que esta última reúne competencias ejecutivas y legislativas, y que por ello «las amplias facultades que el Reglamento CEE 1/2003 otorga a la Comisión en la graduación de las sanciones, no son trasladables a la CNC [...], porque no existe semejanza entre la naturaleza jurídica de la Comisión y la de la CNC»⁴⁷.

Aunque la AN es parca en el desarrollo de este argumento sobre la diferente naturaleza de la CNMC y la Comisión Europea, creemos que lo que parece querer decir es que la Comisión Europea, al tener facultades legislativas (y también reglamentarias), pudo participar, de conformidad con el procedimiento legislativo comunitario, en la elaboración del régimen sancionador previsto en el Reglamento 1/2003 y, por ello, la amplia discrecionalidad que le otorga el art. 23.2 del Reglamento 1/2003 no plantearía problemas desde el punto de vista del principio de legalidad, lo que no sucede con la interpretación que la CNMC hace del art. 63.1 de la LDC en relación con el umbral del 10 por 100, por cuanto que esta carece de facultades tanto legislativas como reglamentarias.

Más importante que la anterior línea argumentativa, pero directamente relacionada con la misma, es el argumento de naturaleza constitucional que encontramos en la Sentencia de la AN y que es, a nuestro juicio, determinante en el fallo de la AN. Para la AN, los principios de legalidad y tipicidad sancionadora derivados del art. 25 de la Constitución, que, según la doctrina constitucional que se cita y transcribe en la Sentencia (STC 100/2003, de 2 de junio) exigen que las sanciones que se imponen a los administrados estén contempladas en una norma con rango de ley y debidamente tipificadas en la misma, revelan la importancia del «principio de seguridad», que se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes.

La AN resuelve que la certeza exigida por la doctrina constitucional implica una determinación clara en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo, al menos, un mínimo y un máximo, que permita graduar la sanción administrativa⁴⁸. El art. 25, en palabras del Tribunal Constitucional recogidas en la Sentencia de la AN:

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *Id.*

⁴⁸ *Ibid.*, FJ 8.º

«[...] incorpora el mandato de taxatividad o *lex certa*, “que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones” [...] lo que implica, “el deber del legislador de configurar las leyes sancionadoras con el máximo esfuerzo posible” [STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7.ºc)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. En palabras de la STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3.º, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita “predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa”».

La AN abunda también en la doctrina constitucional sobre la reserva de ley en el establecimiento de los tipos de infracción administrativa y sus sanciones, refiriéndose a la Sentencia del Tribunal Constitucional citada en la que se resolvía que «no se pueden tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de ley». Aplicando esta doctrina constitucional, la AN resuelve que «los criterios de la CNC [ahora CNMC] en cuanto a la aplicación de las sanciones puede alcanzar a una graduación dentro de la previsión legal, lo que el TC denomina “cuatro de las existentes”»⁴⁹.

En definitiva, la AN concluye que la exigencia de *lex certa* y reserva legal no se cumple cuando se interpreta el límite del 10 por 100 en el sentido de que opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que pueda hacer la CNMC, es decir, como «factor nivelador». Con arreglo al método que aplicaba la CNC, esta «es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios o volumen de negocio en relación directa o indirecta con la infracción» para calcular el importe de la multa y sobre el que después, si es preciso, se aplica como criterio nivelador, es decir, reductor, el umbral resultante de aplicar el 10 por 100 al volumen de negocios de la empresa infractora del ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa, destacando que esta práctica resulta contraria a la literalidad del art. 63.1 de la LDC y a la interpretación que debe prevalecer de sus términos con arreglo a la doctrina constitucional⁵⁰.

Frente a esta postura de la AN se argumentaba que la interpretación del límite máximo del 10 por 100 como «umbral de nivelación» era respetuosa con los principios de *lex certa* y reserva de ley derivados del art. 25 de la Constitución, porque, con independencia de si el 10 por 100 se interpreta como «umbral nivelador» (CNMC) o como parte de un «arco sancionador» (AN) el administrado puede predecir con «suficiente grado de certeza» las

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ *Id.* En este punto, el razonamiento de la AN, basado en el principio de legalidad y tipicidad, es similar al seguido sobre esta misma cuestión, pero referida al art. 81.4 de la Ley de competencia alemana, por el Tribunal Supremo Alemán (*Bundesgerichtshof*) (Sentencia de 26 de febrero de 2013, asunto KRB 20/12, WuW/E DE-R 3861, *Cemento*).

conductas que constituyen la infracción y el tipo y el grado de sanción que llevan aparejada.

En particular, se resaltaba que el TS se había pronunciado ya sobre la constitucionalidad del ahora derogado art. 10 de la Ley 16/1989⁵¹ y que el TS, en un razonamiento que los críticos con la doctrina de la AN consideraban también aplicable a la vigente LDC, había reconocido que resultaba inevitable otorgar al entonces TDC «un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas», implicando que dicho margen no impedía el cumplimiento de la garantía material derivada del art. 25 de la Constitución⁵². Se argumentaba que si el TS había aceptado la constitucionalidad del art. 10 de la Ley 16/1989 cuando establecía un límite máximo de la sanción, no se entendía por qué no podía afirmarse lo mismo respecto de los porcentajes previstos en el art. 63 de la LDC, según eran interpretados por la CNMC⁵³.

La segunda duda interpretativa sobre la que se pronuncia la Sentencia *Vinos Finos de Jerez* está relacionada con el sentido que cabe conceder a la

⁵¹ STS de 6 de marzo de 2003, rec. núm. 9710/1997: «Se trata de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en la medida en que las empresas afectadas pueden, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija el propio art. 10, en términos absolutos o relativos. Como es lógico, todo ello exige una ulterior labor de motivación y fundamentación, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia que dé razón suficiente de la cuantía de la multa en cada caso».

⁵² Cfr., en este sentido, C. LILLO, *op. cit.*, pp. 7-8 (la autora es subdirectora de vigilancia en la Dirección de Competencia de la CNMC). El voto discrepante pronunciado por el magistrado Javier Eugenio López Candela a una de las sentencias de la AN que recoge esta doctrina (SAN 1092/2014, de 12 de marzo, rec. núm. 172/2011) también coincidía con la tesis de la CNMC, destacando que la voluntad del legislador fue precisamente establecer un sistema sancionador que coincida con el aplicado por la CNMC: «Conviene tener en cuenta que la redacción del art. 63, apartados 2.º y 3.º de la citada Ley responde a la aprobación de la enmienda 206 del grupo parlamentario socialista (*Diario de Sesiones del Congreso* de 26 de febrero de 2007), y en ella se recoge expresamente que la finalidad (*sic*) de la enmienda cuando indica que “estos criterios no son elementos que determinen la fijación de la cuantía base puesto que esta viene representada (*sic*) por la delimitación o del volumen de negocios (*sic*) sino que se aplican *a posteriori* para aplicar la cuantía final dentro de los tramos correspondientes en función del tipo de infracción y de la aplicación de un porcentaje en caso de delimitación del volumen de negocios o de un tramo de cantidades fijas cuando este no se ha podido detener delimitar (*sic*)”».

⁵³ En este sentido, coincidiendo con la postura de la CNMC, F. GARCÍA CACHAFEIRO, «El volumen de negocios como criterio para graduar las sanciones en el Derecho de la competencia», *Actas de Derecho Industrial*, vol. 34, 2013-2014, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2014, pp. 21-22, y en sentido contrario, defendiendo que la jurisprudencia del TS confirmaba precisamente la doctrina de la AN (que como veremos sería confirmada en este punto por el TS), M. VÉLEZ FRAGA, «El cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia según la reciente doctrina de la Audiencia Nacional», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 35, 2013, p. 90: «[...] la doctrina de la Audiencia Nacional sobre la consideración del límite máximo del art. 63 de la LDC como definitorio de un “arco sancionador” se encontraría en línea con esa idea de que la proporcionalidad opera sobre la escala sancionadora así definida, en virtud de los factores hoy contemplados en el art. 64 de la LDC: “a mayor intensidad de la restricción de la competencia [...] mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos” que hoy fija el art. 63 de la LDC». El TS, en su Sentencia de 29 de enero de 2015 (rec. núm. 2872/2013), explica que el art. 10 de la Ley 16/1989 establecía una escala sancionadora (multas de hasta 150.000.000 de pesetas, que podía incrementarse hasta el 10 por 100 del volumen de negocios del infractor), al igual que el art. 63.1 de la LDC, es decir, que ambos permiten a los potenciales infractores conocer el mínimo y el máximo de la posible sanción. Es decir, que lo que viene a sostener el TS es que es la metodología de cálculo de la multa recogida en la Comunicación de 2009 la que quebraría el grado de certeza sobre el mínimo y máximo de la sanción (FJ 7.º).

expresión «volumen de negocios total», contemplada en el art. 63.1 de la LDC, que es la base sobre la que se debe aplicar el límite máximo del 10 por 100.

El art. 10 de la Ley 16/1989 facultaba al TDC para imponer «[...] multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal». Con la nueva LDC de 2007, se modificó sustancialmente la redacción de esta disposición, recogida ahora en el art. 63. El art. 63 establece un sistema de graduación de las sanciones, disponiéndose que en el caso de las sanciones muy graves los «órganos competentes» podrán imponer «multa de hasta el 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa». Como puede apreciarse, el legislador español quiso añadir el adjetivo «total» a la expresión «volumen de negocios», y, pese a ello, la duda interpretativa que todavía se le plantea a la AN en este asunto es si la expresión «volumen de negocios total» se refiere a la total actividad económica de la empresa en todas sus ramas de actividad (con independencia de si están o no afectadas por la infracción) o, por el contrario, se refiere al volumen de negocios total únicamente en el mercado en el que se ha producido la infracción.

La AN interpreta este concepto recurriendo a tres criterios: proporcionalidad, finalidad de la norma, y ámbito de la vulneración. Desde el punto de vista del criterio de proporcionalidad, la AN sostiene que, tener en cuenta para el cálculo de la multa el volumen de negocio obtenido en todas las actividades económicas del infractor, es decir, incluyendo también aquellas que son ajenas a la infracción, no es proporcional. Asimismo, y en aplicación de un criterio teleológico, la AN concluye que la finalidad de la norma que se interpreta no es otra que la represión de las conductas contrarias a la libre competencia «en el ámbito donde se produzcan». Finalmente, en cuanto al ámbito de la vulneración, la AN destaca, sin mayor elaboración, que el sector afectado por la infracción «es el parámetro de protección de la libre competencia»⁵⁴.

Con este razonamiento, no excesivamente desarrollado, y que incluye una cita incorrecta de una sentencia comunitaria⁵⁵, la AN llegó a la conclusión de que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa (1, 5 o 10 por 100, según la infracción sea leve, grave o muy grave) es el volumen de

⁵⁴ SAN 2745/2013, de 6 de marzo, rec. núm. 619/2010, FJ 9.º

⁵⁵ La AN cita en apoyo de su postura la Sentencia del Tribunal General de 12 de diciembre de 2012, pero precisamente, el párrafo 21 de esta sentencia que reproduce la Sentencia de la AN se refiere al volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción como criterio para determinar el importe base de la multa de conformidad con las Directrices comunitarias sobre el cálculo de las multas (curiosamente esta es la misma técnica que encontramos en la Comunicación de 2009), y no al hecho, pacífico por otra parte en el Derecho de la Unión, de que el límite del 10 por 100 previsto en el art. 23.2 del Reglamento 1/2003 se aplica al volumen total de ventas de la empresa infractora, entendiendo por volumen total el realizado en todas las actividades económicas desarrolladas por la infractora, aunque algunas de ellas no estén afectadas por la infracción.

negocios total «en el mercado afectado directa o indirectamente por la infracción»⁵⁶.

La postura de la AN sobre esta cuestión fue objeto de numerosos votos particulares, cuyo análisis es interesante porque la postura disidente será la que finalmente refrende el TS. En particular, en esta primera Sentencia de 6 de marzo de 2013 encontramos el voto particular formulado por la magistrada Lucía Acín Aguado en el que esencialmente manifestaba su desacuerdo con el criterio mayoritario de la Sala por las siguientes razones: i) el legislador ha introducido la palabra «total» en la nueva Ley 15/2007 para referirse al volumen de negocios. Asimismo, en los comentarios realizados al Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia, algunos despachos de abogados propusieron que debía tomarse únicamente en cuenta el volumen de negocios afectado por la infracción para el cálculo de la multa y dicha postura no fue finalmente adoptada por el legislador; ii) la redacción del art. 63.1 de la LDC coincide con la redacción del art. 23.2 del Reglamento 1/2003; iii) esta interpretación coincide con la interpretación de la jurisprudencia comunitaria de dicho precepto, y iv) no existe infracción del principio de proporcionalidad porque la entonces CNC tuvo en cuenta en la Resolución impugnada el volumen de ventas de cada una de las empresas en el segmento de la venta de vinos de Jerez en el mercado afectado y determinar así el importe base de la multa de conformidad con la Comunicación de 2009.

La doctrina de la AN en este punto también suscitó los comentarios críticos de numerosos especialistas, que destacaron la imposibilidad de llegar a esta conclusión aplicando a la interpretación de la expresión «volumen de negocios total» los criterios hermenéuticos del art. 3 del Código Civil⁵⁷.

Por un lado, se argumentaba que la propia dicción literal del precepto al referirse al volumen de negocios «total» (definido por la RAE como «general, universal y que lo comprende todo en su especie») demostraba por sí mismo que el legislador había querido que la base de cálculo fuese el volumen de negocio realizado por el infractor en todos los sectores en los que opera y con independencia de si estaban afectados o no por la conducta ilícita. Desde un punto de vista sistemático, y en línea con el voto particular de la magistrada Lucía Acín Aguado (*cit. supra*), la LDC también distingue entre el «volumen de negocios total» (art. 63.1) como base para calcular la cuantía máxima de una posible multa y el «mercado afectado por la infracción» como criterio para graduar la multa [art. 64.1.a)], y, por tanto, no como criterio para determinar la que puede ser la multa máxima, por lo que

⁵⁶ SAN 2745/2013, de 6 de marzo, rec. núm. 619/2010, FJ 9.º

⁵⁷ F. GARCÍA CACHAFEIRO, «El volumen de negocios como criterio para graduar las sanciones en el Derecho de la competencia», *Actas de Derecho Industrial*, vol. 34, 2013-2014, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2014; V. SOPEÑA BLANCO y H. OTERO OTERO, «La reciente doctrina de la Audiencia Nacional en torno al cálculo de las multas por infracción de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia: ¿Hacia el fin de una política de competencia eficaz?», *Anuario de la Competencia 2013*, Fundación ICO, Marcial Pons, 2014.

se argumentaba que la interpretación de la AN contradecía la intención del legislador.

Se destacaba también, en clave de interpretación sistemática, que con esta interpretación la AN eliminaba o erosionaba, al no tener suficientemente en cuenta el beneficio ilícito y la duración de la infracción, criterios previstos en el art. 64.1 de la LDC en el cálculo de la multa, el efecto disuasorio de las sanciones en materia de defensa de la competencia, comprometiendo así la propia eficacia del sistema español de defensa de la competencia y la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE por la CNMC⁵⁸, engarzando así esta crítica con un criterio teleológico o de finalidad de la norma. Desde este criterio finalista, se criticó también la doctrina de la AN en este punto por comprometer seriamente el efecto disuasorio de las multas, precisamente por no tener suficientemente en cuenta aspectos como el beneficio ilícito o la duración de la infracción, preocupación que también encontramos en el voto particular de la magistrada Lucía Aguado a la SAN de 24 de junio de 2013, rec. núm. 29/2012, BCN Aduanas (Expte.: VS/0269/10, *Transitarios 2*)⁵⁹.

La interpretación teleológica del art. 63.1 tampoco permitía llegar a la conclusión de la AN, porque el legislador había querido aclarar el sentido del antiguo art. 10 de la Ley 16/1989, y por eso había introducido el calificativo de «total» vinculado a la expresión «volumen de negocios», y, asimismo, la intención de introducir un límite máximo para las cuantías de las multas de un 10 por 100 sobre el volumen total de negocios obedece a la necesidad de garantizar la viabilidad económica de la empresa tras la imposición de una sanción y ello significa que, por eso se tiene en cuenta la capacidad económica total de la empresa como base sobre la que se aplica el límite máximo del 10 por 100. Desde esta perspectiva, no tendría sentido que se interprete el volumen de negocios total únicamente referido al

⁵⁸ C. LILLO, *op. cit.*, p. 5. Se reproduce por su interés y claridad el ejemplo que proporciona F. GARCÍA CACHAFEIRO, *op. cit.*, p. 24, para ilustrar los efectos negativos de la postura de la AN: «Una empresa, ha participado, junto a otras, en un cartel de fijación de precios durante veinte años. El cartel se ha plasmado en un sobreprecio del 20 por 100 del producto afectado. La cifra anual de negocios de la empresa con el producto afectado es de 1 millón de euros. Consiguientemente, sus ventas en el mercado afectado han sido de 20 millones de euros (1 millón de euros x 20 años), periodo en el que ha obtenido un beneficio ilícito de 4 millones (200.000 euros x 20 años). Estas dos circunstancias deben ser tenidas en cuenta para imponer la sanción, por imperativo del art. 64 de la LDC. Sin embargo, la interpretación de la Audiencia Nacional supone que la multa máxima sea de 100.000 euros (el 10 por 100 de las ventas en el mercado afectado en el ejercicio anterior), lo cual impide valorar adecuadamente la duración y el beneficio obtenido».

⁵⁹ «5) si se aplica el criterio mantenido por mis compañeros que limitan el importe máximo de la sanción al 10 por 100 de volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en el mercado afectado en el último ejercicio inmediatamente anterior al de la resolución de la CNC y no al volumen de ventas que cada una de las empresas ha realizado en ese mercado durante el tiempo que cada empresa ha participado en la infracción (octubre de 2000 hasta 18 de noviembre de 2008) se pierde el efecto disuasorio de la multa ya que le basta a la empresa dejar de operar o que disminuya la realización de operaciones en ese mercado cuando conoce el inicio de una investigación teniendo en cuenta que el plazo desde que se inicia un expediente hasta que se dicta una resolución es de 18 meses y por tanto se va a tener en cuenta el volumen de operaciones realizadas durante la tramitación del expediente en que ya ha cesado la conducta anticompetitiva. Ello puede determinar que al no haber realizado actividad alguna en ese mercado en el último año el importe máximo de la multa sea cero...».

mercado afectado por la infracción, porque entonces difícilmente se puede tener en cuenta cuál es la capacidad económica de la empresa, que es el parámetro que permite valorar *a priori* el músculo financiero del infractor para hacer frente a la sanción⁶⁰.

Tras resolver las dos cuestiones que le permitían valorar la Resolución de la CNMC de fecha 28 de julio de 2010, *Vinos Finos de Jerez* bajo el prisma del principio de proporcionalidad, la AN estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo, resolviendo que no se ajustaba a Derecho en lo relativo a la sanción impuesta. En consecuencia, la AN anuló parcialmente la Resolución dejando sin efecto la multa impuesta a la recurrente; resolviendo asimismo que la sanción debía consistir en el 2,5 por 100 del volumen de ventas o negocio realizado en el mercado afectado por la infracción en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa y ordenando a la CNMC que proceda a una nueva determinación de la multa⁶¹.

Como se ha apuntado en la Introducción, la consecuencia directa del pronunciamiento de la AN de 6 de marzo de 2013, y de otros emitidos con posterioridad y confirmatorios de este primero, fue un cambio radical respecto de la metodología de cálculo del importe de multas en materia de Derecho de la competencia en España, creando con ello una situación de enorme inseguridad jurídica tanto para los operadores económicos como para las autoridades españolas de defensa de la competencia, a la vez que una erosión del prestigio internacional del sistema español de defensa de la competencia. El TS pondrá fin a esta situación en su Sentencia de 29 de enero de 2015, confirmada sistemáticamente en otras posteriores. Como se expone a continuación, el TS confirma la doctrina de la AN en lo que a la interpretación del límite máximo del 10 por 100 se refiere como parte de un «arco sancionador» y no como «umbral de nivelación» o factor de moderación, pero adopta una postura divergente con la doctrina de la AN en relación con la interpretación del concepto «volumen de negocios total» y alineada con la que había sido la práctica de las autoridades españolas de defensa de la competencia hasta la SAN de 6 de marzo de 2013.

4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La SAN de 6 de marzo de 2013 no pudo ser recurrida ante el TS por razón de su cuantía, pero sí lo fue la SAN de 24 de junio de 2013⁶², pronunciada en el recurso contra la Resolución de 1 de diciembre de 2011, Expte. S/0269/10 *Transitarios 2*. Fue en relación con esta Resolución donde por

⁶⁰ C. LILLO, *op. cit.*, p. 5.

⁶¹ En ejecución de esta sentencia de la AN, la multa finalmente impuesta a la empresa infractora (Emilio Lastau, S. A.) fue reducida de 400.000 euros a 59.674,45 euros (Resolución de Ejecución de Sentencia, Expte. VS/0091/08 *Vinos de Jerez*, 13 de febrero de 2014). Un análisis más detallado del impacto que la doctrina de la AN tuvo en las sanciones finalmente impuestas a las empresas participantes en el cártel de los Vinos de Jerez puede consultarse en F. GARCÍA CACHAFEIRO, *op. cit.*, pp. 30-31.

⁶² SAN 2876/2013, de 24 de junio, rec. núm. 29/2012.

primera vez el TS tiene la oportunidad de pronunciarse sobre las dos cuestiones interpretativas relativas al art. 63 de la LDC que habían sido objeto de razonamiento y fallo por la AN en la referida Sentencia de 6 de marzo de 2013, y que se abordan de nuevo por la AN en esta Sentencia de 24 de junio de 2013 impugnada ante el TS por la Abogacía General del Estado.

La Sentencia 112/2015, de 29 de enero (rec. núm. 2872/2013) da «una de cal y una de arena» a la AN. Por un lado, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS confirma la interpretación de la AN sobre el límite del 10 por 100 de volumen de negocio, resolviendo que en ningún caso constituye un «umbral de nivelación» como alegaba la Abogacía del Estado defendiendo la postura de la CNMC, si no el valor máximo o techo de una escala o «arco sancionador» dentro de la que se debe precisar el porcentaje sancionador, siendo esta interpretación la única que se ajusta a la literalidad del precepto y los principios de tipicidad y reserva de ley derivados del art. 25 de la Constitución⁶³.

Para el TS, los porcentajes fijados como límites superiores de las posibles multas (1, 5 o 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora, según se trate de infracciones, leves, graves o muy graves), constituyen en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando por el valor mínimo, culmina con el correlativo porcentaje y ello se desprende de la preposición «hasta» que se repite tres veces (es decir con cada porcentaje máximo) en el art. 63.1.

Sentada esta premisa, la Sala destaca la que, a su juicio, es una incoherencia del argumento del abogado del Estado, por cuanto que este interpreta el límite máximo del 10 por 100 como un «umbral de nivelación» para la multa que resulte de aplicar la metodología de la Comunicación de 2009 y que tiene como finalidad evitar que la multa convierta en inviable a la empresa. Sin embargo, el TS sostiene que el argumento de la Abogacía del Estado, «no parece ser aplicable a los otros dos límites porcentuales» (es decir, al 1 por 100, infracciones leves y al 5 por 100, infracciones graves), «pues difícilmente una multa cuyo máximo fuera equivalente al 1 por 100 del volumen de negocios podría desencadenar aquellos efectos»⁶⁴. Para el TS, los otros límites porcentuales previstos en el art. 63.1 tienen el mismo significado y carácter que el límite del 10 por 100 para las infracciones muy graves, razón por la cual el argumento del abogado del Estado, «que coincide con el que asume la Comunicación [...] no resulta aceptable»⁶⁵.

Destaca que la metodología de la Comunicación de 2009 implica «en un primer momento fijar un “importe básico de la sanción” sin sujeción a escala alguna. Puede emplearse como valor base un porcentaje incluso del 30 por 100 del volumen de ventas afectado por la infracción. A esta cifra se le aplica, además, ulteriormente, un “coeficiente de ajuste”, según las circunstancias agravantes o atenuantes que se aprecien, lo que permite que

⁶³ FJ 5.º STS 112/2015, de 29 de enero, rec. núm. 2872/2015.

⁶⁴ *Ibid.* FJ 5.º

⁶⁵ *Id.*

por cada una de las agravantes —que pueden ser, obviamente varias— se aumente el importe básico en un porcentaje adicional de entre un 5 y un 15 por 100. Y solo en una tercera fase se ajusta “cuando proceda”, la cantidad así obtenida a los límites fijados en el art. 63 de la Ley 15/2007. El método implica, en una buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente solo a modo de correctivo el porcentaje del 10 por 100 del volumen de negocios»⁶⁶.

Según el TS, este método de cálculo de las sanciones «podrá ser» aceptable con arreglo al art. 23 del Reglamento 1/2003, pero no con arreglo al art. 63.1 de la LDC, porque en esta disposición se establecen los límites máximos de la multa (1, 5 o 10 por 100), respectivamente para las tres categorías de infracciones (leves, graves o muy graves), dentro de una escala de sanciones donde debe individualizarse la multa, y ninguno de estos límites máximos se fija como un «umbral de nivelación» o «límite extrínseco» a las tres escalas sancionadoras del art. 63.1, como pretende la CNMC. El TS recuerda, aludiendo a los delitos tipificados en el Código Penal como ejemplo comparativo, que «la predeterminación de los máximos y mínimos de las multas, tanto penales como administrativas (y sean aquellos fijos o porcentuales respecto de ciertas magnitudes), a los efectos de individualizar su cálculo bien puede considerarse un principio común insoslayable del Derecho sancionador»⁶⁷.

Lo que en definitiva el TS está destacando es que en el sistema español de la competencia, el régimen sancionador no va de «abajo hacia arriba», sino de «arriba hacia abajo»⁶⁸, lo que lo diferencia del sistema sancionador que instaura el art. 23 del Reglamento 1/2003, donde el límite del 10 por 100 en él recogido sí que se configura como un «umbral de nivelación» aplicable a todo tipo de multas, con independencia de si sancionan infracciones leves, graves o muy graves. En consecuencia, lo que no puede pretender la CNMC es armonizar a través de un instrumento de *soft law* (o «derecho indicativo»), como es una «comunicación», el sistema de la LDC con el previsto en el ámbito comunitario para cuando la Comisión Europea aplica los arts. 101 y 102 del TFUE, pues las garantías constitucionales derivadas del principio de tipicidad y reserva de Ley (ex art. 25 de la Constitución) «harían muy difícilmente compatible con ellas un sistema a tenor del cual las sanciones pecuniarias pudieran ser fijadas sin haberse previamente establecido por Ley»⁶⁹.

En definitiva, el TS resuelve que la postura de la CNMC, reflejada en su Comunicación de 2009, sobre la cuantificación de las sanciones no tie-

⁶⁶ *Id.* Algún comentarista ha destacado que, a pesar de esta afirmación sobre el sesgo al alza de la metodología de la Comunicación de 2009, el TS no cuantifica ni relaciona cuáles son los casos en los que se ha producido, ni tampoco de qué forma se habría vulnerado el principio de proporcionalidad en el concreto caso objeto del recurso (véase C. PASCUAL, *op. cit.*, p. 12).

⁶⁷ FJ 5.º STS 112/2015, de 29 de enero, rec. núm. 2872/2015.

⁶⁸ C. PASCUAL, *op. cit.*, p. 15.

⁶⁹ FJ 7.º STS 112/2015, de 29 de enero, rec. núm. 2872/2015.

ne respaldo legal, destacando expresamente que las sanciones fijadas por Ley no pueden ser alteradas por vía reglamentaria y menos a través de una comunicación de la CNMC, organismo que, recuerda el TS, carece de potestades reglamentarias en la materia. Por ello, resuelve que el método de cálculo de las sanciones contenido en la Comunicación de 2009 es contrario a Derecho y no puede aplicarse⁷⁰.

La segunda cuestión interpretativa sobre la que se pronuncia el TS se refiere a si el «volumen de negocios total» lo es en todas las actividades económicas del infractor, tengan o no relación con la infracción, o únicamente se debe tener en cuenta el volumen de negocios total en los mercados *afectados* por la infracción. En definitiva, el TS se pronuncia sobre el concepto de «volumen de negocios total de la empresa» que sirve de base para calcular la sanción.

En este punto, el TS se alinea con la tesis del voto particular a la Sentencia de la AN recurrida y casa en este punto la Sentencia de la AN y con ello la doctrina de la AN sobre la interpretación de este concepto que, recordemos, la AN vinculaba exclusivamente al volumen de negocios en el mercado afectado por la infracción, y que, muchos especialistas en competencia y algunos autores consideraban equivocada⁷¹.

El TS recurre a un razonamiento escueto pero eficaz cuando sostiene que el término «volumen de negocios total» se refiere a la cifra total de la actividad económica de la empresa infractora y no únicamente al ámbito de la actividad afectado por la infracción, tal y como venía sosteniendo la AN en contra de la postura de la CNMC. Para llegar a esta conclusión se apoya en un criterio teleológico, esgrimiendo que fue el legislador de 2007 el que decidió añadir expresamente el adjetivo «total» al sustantivo «volumen», que ya figuraba sin dicho adjetivo en el texto del art. 10 de la Ley 16/1989, y que con ello quería subrayar que la cifra de negocios que se emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte del volumen (el correspondiente únicamente al mercado afectado), sino al «todo» de aquel volumen⁷².

La anterior postura, sin embargo, no significa que el volumen de negocios específicamente realizado en el mercado afectado no deba tenerse en cuenta a los efectos de cumplir con el principio de proporcionalidad y de hecho se contempla como uno de los criterios para determinar la cuantía de la multa en el art. 64.1 de la LDC. El TS aclara que si bien es válido utilizar el «volumen de negocios total» del infractor para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas «multiproducto», la evaluación pormenorizada de la concreta

⁷⁰ *Ibid.*, FFJJ 7.º y 9.º Nótese que el TS no declara formalmente la nulidad de la Comunicación de 2009, sino de su método de cálculo (FJ 10.º), pero, a efectos prácticos, lo que esto significa es que la Comunicación de 2009 no es compatible con nuestro ordenamiento y no puede seguir aplicándose.

⁷¹ F. MARCOS, «Blowing hot and cold: the last word of the Supreme Court on setting fines for competition infringements in Spain», *Working Paper IE Law School*, AJ8-220-I, 19 de febrero de 2015, pp. 12-13.

⁷² FJ 8.º STS 112/2015, de 29 de enero, rec. núm. 2872/2015.

conducta infractora conforme a los criterios relativos al mercado afectado por la infracción (cuota de mercado, dimensión, o los beneficios ilícitos obtenidos) es necesaria para cumplir con el principio de proporcionalidad. Como vemos y en el ejercicio de su estricto papel jurisdiccional, el TS no establece un método específico para el cálculo de las sanciones, lo que significa que es la CNMC la que, de acuerdo con su propio entendimiento de la jurisprudencia del TS, ha determinado la concreta aplicación de esta jurisprudencia a los supuestos de hecho que ha investigado y sancionado, o a los expedientes en los que ha procedido en ejecución de sentencia a recalcular las multas⁷³.

Lo que sí encontramos en la Sentencia del TS es un interesante *obiter dicta* en el que el TS reconoce que «con las solas reglas contenidas en los arts. 63 y 64 de la Ley 17/2015» es difícil compaginar la finalidad disuasoria de las multas con el principio de proporcionalidad. Pese a ser consciente de ello, el TS recuerda que corresponde al legislador valorar la insuficiencia de la aptitud intimidatoria de las sanciones, debiendo calibrar, en su caso si es preciso una reforma parcial de la LDC en este punto, «dado que aquella [insuficiencia] no puede ser suplida mediante una mera Comunicación de autoridades carentes de potestades normativas en la materia, por mucho que su propósito sea el elogiado de dotar de mayor nivel de predictibilidad a la imposición de las sanciones pecuniarias»⁷⁴. El TS proporciona algunas indicaciones del tipo de «refuerzos» disuasorios que el legislador podría plantearse, tales como, por ejemplo, incluir un criterio que tenga en cuenta la probabilidad en la detección de las conductas infractoras y que pudiera dar lugar a una multa por encima del beneficio ilícito obtenido por el infractor⁷⁵.

Asimismo es, a nuestro juicio, significativa la referencia final del TS al hecho de que el efecto disuasorio de las sanciones en materia de infracciones de la competencia debe predicarse en el conjunto de la política de competencia, por lo que no se puede soslayar que también tienen un efecto disuasorio la facultad de la CNMC para imponer multas a los directivos de las empresas infractoras (hasta 60.000 euros), o la aplicación privada del Derecho de la competencia, a través del ejercicio de las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios causados por los infractores⁷⁶.

Tras esta primera Sentencia de 29 de enero de 2015, el TS se ha pronunciado sobre estas mismas cuestiones en otras sentencias⁷⁷, confirmando su doctrina en todas ellas y, en algunos casos, aclarando algún punto de su

⁷³ *Ibid.*, FJ 9.º

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ Este criterio ha sido criticado por algún comentarista por entender que la mayor o menor probabilidad de detección de una infracción depende de la eficacia de las propias autoridades de defensa de la competencia, implicando que no sería necesariamente un criterio compatible con el principio de proporcionalidad (cfr. C. PASCUAL, *op. cit.*, pp. 8-9).

⁷⁶ FJ 9.º STS 112/2015, de 29 de enero, rec. núm. 2872/2015.

⁷⁷ Entre otros, que también se citan *infra*, STS 2547/2015, de 8 de junio, rec. núm. 3253/2014, *The Colomer Group Spain* y STS 2503/2015, de 8 de junio, rec. núm. 1763/2014, *Eugene Perma Group*.

doctrina que ha suscitado dudas interpretativas. En sus sentencias de fecha 30 de enero de 2015⁷⁸, en los asuntos *Fórde* y *Ascan*, respectivamente, el Alto Tribunal estimó el recurso de casación interpuesto por el abogado del Estado sobre la base del principio de unidad de doctrina⁷⁹ y resolvió que el año del volumen de negocios que se debe tener en cuenta a la hora recalcular el importe de la multa debe ser el del año inmediatamente anterior al de la fecha de resolución de la autoridad de competencia impugnada, no el del año anterior al de la imposición de la nueva sanción en ejecución de la jurisprudencia del TS⁸⁰.

El TS también ha resuelto, en aplicación de la prohibición de la *reformatio in peius* vigente en nuestro Derecho sancionador, que las multas que sean recalculadas en ejecución de sus sentencias en ningún caso pueden ser superiores a las multas anuladas⁸¹.

5. LA APLICACIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TS POR LA CNMC

La CNMC aplicó por primera vez la jurisprudencia del TS en materia de cálculo de multas en su Resolución de 26 de febrero de 2015 (Expte. S/0425/12 *Industrias Lácteas 2*)⁸². La CNMC indica preliminarmente que debe reconsiderar el método que venía aplicando sobre la determinación de las sanciones y cumplir con las directrices que se desprenden del pronunciamiento del TS⁸³. En consonancia con la doctrina del TS, tal y como la ha entendido la CNMC, la Resolución distingue entre los elementos de graduación conducentes a concretar el tramo de la escala de la sanción que se va a aplicar⁸⁴, y los criterios que le van a permitir individualizar la multa para cada uno de los infractores⁸⁵.

⁷⁸ STS 227/2015, de 30 de enero, rec. núm. 2793/2013, *Ascan* y STS 237/2015, de 30 de enero, rec. núm. 1476/2014, *Fórde*.

⁷⁹ FJ 2.º Sentencia *Ascan* y FJ 3.º Sentencia *Fórde*.

⁸⁰ FJ 2.º Sentencia *Ascan* y FJ 3.º Sentencia *Fórde* y STS 245/2015, de 2 de febrero, rec. núm. 5625/2015, *Extrato*.

⁸¹ STS 2710/2015, de 22 de junio, rec. núm. 1036/2013, *Licitaciones carreteras*.

⁸² FFDD 7.º y 8.º En esta Resolución, la CNMC declaró como responsables de un intercambio de información sobre precios de compra de leche de vaca cruda, volúmenes de compra de ganaderos y excedentes de leche a un total de nueve empresas y dos asociaciones e impuso como sanción multas por un importe total conjunto de 88,2 millones de euros.

⁸³ STS 112/2015, de 29 de enero, rec. núm. 2872/2015.

⁸⁴ Esto significa que si, como en el caso investigado, la infracción se califica como muy grave y, en consecuencia, la escala de la sanción puede abarcar del 0 hasta el 10 por 100 (art. 63.1), la CNMC, en función de las características y circunstancias generales de la infracción puede decidir que el reproche sancionador se sitúe en el tramo medio de dicha escala (es decir, hasta el 5 por 100) o, en su caso en el tramo más elevado (esto es, del 5 al 10 por 100).

⁸⁵ Este mismo razonamiento se sigue, entre otras que se citan posteriormente, en la Resolución de la CNMC de 28 de mayo de 2015, Expte.: S/0471/13 *Concesionarios Audi/Seat/VW* (infracción que, según la CNMC, consistió en la adopción e implementación de acuerdos de fijación de descuentos máximos y condiciones comerciales, así como el intercambio de información sensible en el mercado de distribución de vehículos de motor turismos y de las marcas AUDI, VW, y SEAT a través de concesionarios independientes del fabricante y concesionarios propiedad de la marca, con la colaboración, dependiendo de las marcas de vehículos y de las zonas geográficas de dos asociaciones,

En cuanto a los primeros, y atendiendo a que el art. 64.1.b) de la LDC alude como criterio de graduación a la «cuota de mercado de la empresa o empresas responsables» y su letra c) se refiere al «alcance la infracción», y sin perjuicio de que la concreta facturación individual de cada una de las empresas en el mercado afectado por la conducta vaya a ser también considerada para concretar la multa de cada una de las infractoras, la CNMC tiene en cuenta la «cuota conjunta» de todas las empresas infractoras que, en dicho asunto, alcanzaba un porcentaje que superaba el 50 por 100. Asimismo, el art. 64.1.a) alude a las «características del mercado», y, aplicando este criterio, la CNMC sostiene que las conductas sancionadas se han producido sobre una materia prima relacionada con productos de consumo básico, lo que revela su gravedad, pero también reconoce que el alcance geográfico de la conducta es regional y no nacional.

La CNMC también tiene en cuenta la duración de la conducta [art. 64.1.d)], y vuelve a destacar que, aunque la duración servirá como parámetro de individualización de la multa, «conviene» que este factor guíe la graduación general del reproche sancionador para todas las empresas, porque, se argumenta, la duración general de la conducta revela en cierta medida su alcance y efectos [art. 64.1, letras c) y e)].

La CNMC analiza también en el criterio relativo al «efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos», destacando que el daño que las conductas infractoras pueden tener sobre los ganaderos es «significativo e incuestionable, tratándose además de operadores particularmente vulnerables por su pequeña dimensión». Finalmente, la CNMC destaca que no se había acreditado la existencia de un mecanismo de seguimiento o represalia de carácter formalizado que dote de particular fuerza o eficacia a la infracción, y que esta ha tenido una diferente intensidad a lo largo de su duración.

Con todos estos elementos, y en aplicación de lo que la CNMC entiende que son los criterios interpretativos de la jurisprudencia del TS, la CNMC llega a la conclusión de que, habida cuenta de la «densidad antijurídica»⁸⁶ de la conducta, el reproche sancionador de esta infracción, calificada como de muy grave (sanción del 0 al 10 por 100 del volumen de negocios total), debe situarse en el tramo medio de dicha escala, es decir, en el 5 por 100 como máximo⁸⁷.

ACEVAS y ANCOSAT, y de dos empresas de consultoría y servicios, ANT y HORWATH). También en la Resolución de 23 de julio de 2015, Expte.: S/0482/13 *Fabricantes de automóviles* (infracción que, según la CNMC, habría consistido en un supuesto intercambio de información estratégica y sensible entre varias marcas relativa a indicadores económicos de sus respectivas redes de concesionarios, resolución recurrida ante la AN).

⁸⁶ El término «densidad antijurídica» es utilizado por el TS, entre otras, en su Sentencia de 29 de enero de 2015, rec. núm. 2872/2015, como criterio que permite justificar un mayor o menor porcentaje de sanción dentro la escala sancionadora aplicable a una conducta.

⁸⁷ En las Resoluciones que la CNMC ha adoptado hasta la fecha (noviembre 2015) aplicando la jurisprudencia del TS al cálculo de las multas, y referidas en su mayoría a infracciones muy graves, se observa que la tendencia de la CNMC es situar el valor porcentual de la sanción en el tramo de la escala que va del 0 al 5 por 100. En las Resoluciones adoptadas en fecha 5 de marzo de 2015, dictadas

Tras este ejercicio, la CNMC procede a individualizar las sanciones y para ello tiene en cuenta el valor del mercado afectado por la conducta a lo largo de su duración y la cuota de participación de cada infractora en la conducta infractora, y sostiene que en función de la cuota de cada una de las empresas infractoras en el mercado afectado durante el tiempo de la duración de la infracción es posible individualizar al alza o a la baja el reproche sancionador para cada una de ellas.

Por ello, la CNMC, y pese a reconocer que el factor de la duración ha sido implícitamente tenido en cuenta al analizar la dimensión del mercado afectado durante la conducta, entiende que su prolongación en el tiempo constituye en sí mismo un factor directamente relacionado con el daño infligido al funcionamiento competitivo del mercado y con el alcance de la infracción cometida por cada empresa [art. 64.1.c)]. La duración de la participación de cada empresa en la infracción «debe conducir a un incremento proporcional del tipo sancionador para los supuestos de mayor duración y a una reducción para aquellos de duración comparativamente menor».

A continuación, la CNMC se refiere al «beneficio ilícito como criterio de proporcionalidad», que garantiza que «la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas»⁸⁸, y se remite a la «doctrina económica más autorizada» para subrayar que, con arreglo a los resultados de varios estudios económicos sobre esta cuestión, dicho beneficio ilícito se suele fijar por las Autoridades de Competencia de diversos países, incluyendo el *Bundeskartellamt* alemán, «por encima del 10 por 100 del volumen del mercado afectado durante la conducta, como presunción general para la fijación de esa ganancia ilícita y daño potencial». Este «atajo intelectual» revela que la

en el marco de los siguientes expedientes: Expte.: S/0471/13, *Concesionarios Audi/Seat/VW* (FD 8.2), Expte.: S/0486/13, *Concesionarios Toyota* (FD 7.5), Expte.: S/0487/13, *Concesionarios Land Rover* (FD 7.5), y Expte.: S/0488/13, *Concesionarios Hyundai* (FD 7.5), la CNMC resolvió que la sanción no se debía situar en el «tramo superior de la escala». En sus Resoluciones de 18 de junio de 2015, Expte.: S/0469/13, *Fabricantes de Papel y Cartón Ondulado* (FD 9.2) y de 25 de junio de 2015, Expte.: S/0454/12, *Transporte Frigorífico* (FD 8.3), la CNMC sostuvo que la ponderación entre disuasión y proporcionalidad «conduce a imponer sanciones en el tramo medio de la escala», reiterando una vez más la línea marcada en resoluciones anteriores. Asimismo, en la Resolución de 16 de julio de 2015, Expte.: S/0490/13, *Acuerdos Telefónica/Yoigo*, la CNMC mantuvo que el reproche sancionador se debía situar en el tramo inferior dentro de la escala legal (y teniendo en cuenta que la infracción se calificó como muy grave, dicho acuerdo expresa que la sanción se iba a fijar por debajo del 5 por 100 del volumen de negocios total de cada empresa infractora) (FD 7.3). Esta misma conclusión se encuentra en las Resoluciones de CNMC de 23 de julio de 2015, Expte.: S/436/12, *DTS Distribuidora de TV Digital* (FD 8.4), de 23 de julio de 2015, Expte.: S/0482/13, *Fabricantes de automóviles* (FD 7.3), de 26 de julio de 2015, Expte.: SACAN/31/2013, *Honorarios Profesionales Abogados de Las Palmas* (FD 10) y de 17 de septiembre de 2015, Expte.: SNC/0036/15, *Mediaset* (FD 3.3). El tramo medio (0-5 por 100) de la escala prevista para infracciones muy graves fue a su vez aplicado en las siguientes Resoluciones de recálculo de multas en ejecución de la jurisprudencia del TS: Resoluciones de 16 de julio de 2015, Expte.: VS/0269/10, *Transitarios 2, empresa BCN Aduanas y Transportes, S. L.*; de 8 de octubre de 2015, Expte.: VS/0091/08, *Vinos Finos de Jerez, empresa Bodegas Williams & Humbert, S. A.*; de 8 de octubre de 2015, Expte.: VS/0091/08, *Vinos Finos de Jerez, empresa Bodegas González Byass, S. A.*, y de 8 de octubre de 2015, Expte.: VSACAN/0012/11, *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas*.

⁸⁸ Art. 131.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

CNMC es consciente de las dificultades prácticas que plantea la determinación del beneficio ilícito y, por ello, juzga necesario acudir a un método que, a su juicio, pueda ser replicable y practicable en aquellas resoluciones en las que se impongan multas. La cuestión que se plantea es, si el recurso a las presunciones para estimar el posible beneficio ilícito es realmente compatible con el principio de proporcionalidad⁸⁹.

Finalmente, y una vez estimado el presunto beneficio ilícito para cada una de las empresas infractoras, la CNMC procede a determinar el porcentaje a aplicar —dentro del tramo elegido dentro de la escala aplicable en función de la calificación de la infracción y su «densidad antijurídica» (en el caso *Industrias Lácteas 2*, un porcentaje de hasta el 5 por 100)— al volumen de negocios total de cada una de las empresas infractoras en el ejer-

⁸⁹ En las Resoluciones que la CNMC ha adoptado hasta la fecha (noviembre de 2015) aplicando la jurisprudencia del TS al cálculo de las multas (en su mayoría referidas a infracciones muy graves) y en lo que respecta a la consideración del beneficio ilícito como criterio de proporcionalidad al objeto de evitar que la comisión de infracciones no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de la normativa infringida, es posible observar la tendencia de la CNMC a tomar como referencia bien el 10 por 100 sobre el volumen del mercado afectado por la conducta o el intervalo del 5 al 10 por 100, según el caso; sin perjuicio de que en algunos expedientes la CNMC haya aplicado un 8 por 100 o haya resuelto que no era posible estimar el beneficio ilícito. En su Resolución de 26 de febrero de 2015, Expte.: S/0425/12, *Industrias Lácteas 2*, la CNMC entendió «muy razonable utilizar un 10 por 100 como referencia para valorar el beneficio ilícito de la infracción» (FD 7.5) y el mismo porcentaje del 10 por 100 se tuvo en cuenta en las Resoluciones de 18 de junio de 2015, Expte.: S/0469/13, *Fabricantes de Papel y Cartón Ondulado* (FD 9.4) y de 25 de junio de 2015, Expte.: S/0454/12, *Transporte Frigorífico* (FD 8.5). En su Resolución de 28 de mayo de 2015, Expte.: S/0471/13, *Concesionarios Audi/Seat/VW*, la CNMC aplicó un porcentaje del 5 por 100 (FD 8.4) y en sus Resoluciones adoptadas en fecha 5 de marzo de 2015, dictadas en el marco de los siguientes expedientes: Expte.: S/0486/13, *Concesionarios Toyota* (FD 7.5), Expte.: S/0487/13, *Concesionarios Land Rover* (FD 7.5), y Expte.: S/0488/13, *Concesionarios Hyundai* (FD 7.5), la CNMC resolvió que el intervalo a considerar a efectos de estimar el beneficio ilícito obtenido por las empresas partícipes era del 5 al 10 por 100 sobre el valor del mercado afectado por la conducta. En su Resolución de 8 de octubre de 2015, Expte.: VSACAN/0012/11, *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas*, el porcentaje utilizado fue del 8 por 100 (FD 3.3). Por el contrario, en la Resolución de 16 de julio de 2015, Expte.: S/0490/13, *Acuerdos Telefónica/Yoigo*, la CNMC sostuvo que teniendo en cuenta «la naturaleza concreta de estos acuerdos y el carácter complejo de sus efectos netos no permiten utilizar en este expediente la dimensión de los mercados afectados para valorar la proporcionalidad y la disuasión de la sanción ya que no todo el beneficio obtenido por los operadores implicados puede considerarse como beneficio ilícito, ni tampoco puede aproximarse el daño producido con una referencia global al tamaño de los mercados afectados» (FD 7.4), y en su Resolución de 23 de julio de 2015, Expte.: S/436/12, *DTS Distribuidora de TV Digital*, se pronunció en esta misma línea y resolvió que «si bien el 10 por 100 del volumen del mercado afectado puede considerarse un punto de partida válido y prudente para determinar en general el beneficio ilícito de una conducta anticompetitiva cuando es calificada como cártel, en el presente caso, las características concretas de la conducta anticompetitiva y de los distintos mercados afectados por la infracción sancionada impiden aplicar un porcentaje de este tipo (10 por 100) con carácter general a los distintos mercados afectados por la infracción» (FD 8.4). Por otra parte, cabe destacar que la CNMC en su Resolución de fecha 23 de julio de 2015, Expte.: S/0482/13, *Fabricantes de Automóviles*, acordó no considerar un intervalo determinado sobre el valor del mercado afectado por la conducta y vinculó genéricamente el posible beneficio ilícito al grado de participación de las empresas supuestamente infractoras en el mercado afectado («La mayor facturación en el mercado afectado por la conducta denota una mayor intensidad o participación en la conducta y, en particular, un mayor daño y una mayor ganancia ilícita potenciales. Siendo ello así, se considera ajustado al principio de proporcionalidad y a la necesaria individualización de las multas ajustar el porcentaje de la sanción al alza o a la baja en función de la mayor participación en cada empresa en la que la facturación global en el mercado afectado por la conducta durante el tiempo en que esta resulta acreditada», FD 7.4).

cicio inmediatamente anterior al de la imposición de la sanción, de acuerdo con lo dispuesto en la jurisprudencia del TS. El tipo sancionador que se aplica sobre el volumen total de ventas para determinar la multa, dice la CNMC, deberá ser reducido cuando conduzca a una clara desproporción entre la multa resultante y la estimación del beneficio ilícito, pero a la vez reconoce en algunas de sus resoluciones que el principio de proporcionalidad no exige que la sanción sea inferior al beneficio ilícito y daño potenciales de las empresas infractoras, ya que estos se usan «como referencia, que se limita a actuar como criterio modulador»⁹⁰.

La aplicación por la CNMC de la jurisprudencia del TS en materia de fijación de multas por infracción de la normativa de competencia plantea, a nuestro juicio, serias dudas acerca de su compatibilidad con el principio de proporcionalidad, así como con la obligación de motivación de las resoluciones sancionadoras para preservar los derechos de defensa del infractor.

En lo que respecta más específicamente al principio de proporcionalidad, por un lado, llama la atención que la cuota de mercado de las empresas infractoras se tenga en cuenta dos veces. Primero, como criterio de graduación general cuando se tiene en cuenta la cuota conjunta de todas las empresas infractoras en el mercado afectado por la conducta, y, en segundo lugar, cuando la CNMC tiene en cuenta la cuota de participación de cada empresa en la infracción que se quiere sancionar. Existen a nuestro juicio serias dudas de que este proceder sea compatible con el art. 64.1.b) de la LDC, que refiere el criterio de la cuota de mercado a la empresa o empresas responsables individualmente consideradas y no a la cuota de mercado global de dichas empresas. Mediante la aplicación de este procedimiento de cálculo se llega a duplicar el reproche punitivo a la hora de calcular la multa, produciendo un claro sesgo al alza, que tendría difícil encaje con el principio de proporcionalidad.

Este mismo ejercicio de duplicidad sancionadora acontece cuando la CNMC aplica el criterio de la duración de la infracción previsto en el art. 64.1.d). Por un lado, lo tiene en cuenta como criterio general para medir la «densidad antijurídica» de la sanción, destacando que, en el caso investigado, la duración de la infracción en su conjunto era superior a diez años⁹¹ y, por otro lado, como criterio a la hora de individualizar la duración de la participación de cada fabricante en la infracción.

⁹⁰ Resoluciones de la CNMC de 5 de marzo de 2015, Expte.: S/0471/13, *Concesionarios Audi/Seat/VW* (FD 8.4): «Cuando una conducta anticompetitiva tenga una duración reducida acreditada, la proporción que supone la sanción respecto del beneficio ilícito será necesariamente más alta que cuando las conductas ilícitas tenga una larga duración, y este trato desigual es precisamente lo que garantizará la proporcionalidad de las sanciones de las infracciones más graves y prolongadas, especialmente las cometidas por empresas multiproducto». Véanse en este mismo sentido las Resoluciones de 5 de marzo de 2015, Expte.: S/0486/13, *Concesionarios Toyota* (FD 7.5) y Expte.: S/0487/13, *Concesionarios Land Rover* (FD 7.5), Expte.: S/0489/13, *Concesionarios Opel* (FD 7.5) y Expte.: S/0488/13, *Concesionarios Hyundai* (FD 7.5).

⁹¹ Resolución de la CNMC de 26 de febrero de 2015, Expte.: S/0425/12, *Industrias Lácteas 2*, (FD 4.1.2).

La CNMC tampoco ha resuelto el «factor distorsionador» a efectos del cálculo de la multa que supone que las cifras de volumen total de negocio de las empresas sancionadas no sean homogéneas, y las consecuencias que de ello se derivan desde el punto de vista del respeto del principio de proporcionalidad y no discriminación. En su Resolución de 23 de julio de 2015, en el asunto *Fabricantes de Automóviles*⁹², la CNMC reconoce que las cifras de negocios de las incoadas no son homogéneas debido al diseño de su estructura societaria, ya que algunas empresas tienen separadas en distintas sociedades las actividades de fabricación (no afectadas por la supuesta infracción), por un lado, y las actividades de distribución de vehículos y postventa, por otro, mientras que otras las tienen integradas en una única sociedad.

La Resolución admite que las empresas que presentan un volumen de facturación total más elevado por razón de la integración de estas actividades recibirían una sanción superior en términos absolutos y que ello no respetaría el principio de proporcionalidad. Por ello, recurre a un «factor de proporcionalidad» consistente en tener en cuenta la cuota de matriculación de vehículos turismo en España de cada empresa sancionada, de forma que, según se explica en la Resolución, «en los casos en los que se constata una desproporción entre el volumen de negocios total de la empresa y su cuota de matriculación de turismos en España, se ha procedido a reducir de forma adecuada el porcentaje sancionador a aplicar para asegurar la proporcionalidad de la sanción entre las empresas infractoras»⁹³.

Pese a este ejercicio supuestamente corrector de la ausencia de homogeneidad de los volúmenes de facturación total entre las empresas infractoras y que conduce a una reducción del tipo que correspondería a las empresas con actividades integradas de no aplicarse esta reducción (porcentaje que no se constata en la Resolución), lo cierto es que el análisis de las multas impuestas a cada una de estas empresas revela que a estas se les sigue imponiendo una multa más elevada que la que les hubiera correspondido si se hubiera tenido únicamente en cuenta su volumen de facturación en los mercados afectados por la infracción (distribución de vehículos y postventa). En esos casos, la falta de adecuación de la metodología seguida por la CNMC para la determinación de la multa con los principios de proporcionalidad y no discriminación resulta todavía más patente. Asimismo, no se especifica el porcentaje de reducción que se aplica para intentar corregir esta distorsión ni cómo se ha llegado al mismo, carencia que engarza con la ausencia de motivación suficiente en las resoluciones que hemos analizado y que se expone en los párrafos siguientes.

En lo que atañe al cumplimiento del deber de motivación, lo que se observa en las Resoluciones de la CNMC, tanto en las nuevas Resoluciones sancionadoras, como en las Resoluciones que han sido dictadas para recalcular

⁹² Resolución de la CNMC de 23 de julio de 2015, Expte.: S/0482/13, *Fabricantes de automóviles* (FD 7.3).

⁹³ *Ibid.*, FD 7.3.

las multas con arreglo a la jurisprudencia del TS (es decir, impuestas antes del 29 de enero de 2015)⁹⁴ es la existencia de un salto argumentativo en el razonamiento de la CNMC. Se determina ciertamente el tramo de la escala en el que se fijarán los porcentajes a aplicar sobre el volumen de negocios total de las empresas infractoras y se intenta medir el impacto de la conducta de cada infractor en el mercado afectado por la infracción, pero cuando se traslada dicho razonamiento a la fijación del porcentaje que finalmente la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC decide aplicar al volumen de negocios total de cada infractor se omite cualquier explicación al respecto⁹⁵. El hecho de que las resoluciones de la CNMC estén huérfanas de cualquier explicación de cómo se llega exactamente a cada porcentaje que se aplica al concreto volumen de negocios total, sitúa a las empresas sancionadas en una situación de grave indefensión, que debería corregirse en un futuro próximo.

Es posible que desde una óptica estrictamente de política sancionadora se pueda afirmar que con este proceder se incrementa el efecto disuasorio de las multas⁹⁶, pues los potenciales infractores carecen de elementos para realizar una estimación de sus contingencias *antitrust* e integrarla en su valoración de riesgo-beneficio sobre si abandonar, sumarse o permanecer en una conducta restrictiva de la competencia (por ejemplo, en un cártel), pero este posible plus disuasorio no nos parece argumento suficiente para desplazar a un segundo plano la exigencia ineludible de motivar cómo se ha calculado exactamente la sanción.

Finalmente, es necesario referirse específicamente, y aunque sea someramente, a las Resoluciones de recálculo de las multas en ejecución de la jurisprudencia del TS. El análisis de las adoptadas hasta la fecha permite aventurar, tentativamente, dos observaciones: una de carácter procedimental y otra sustantiva. En cuanto al procedimiento que la CNMC está siguiendo para recalcular las multas, se observa que la CNMC no está dando audiencia a las partes sobre las sanciones que está imponiendo en ejecución de la doctrina del TS⁹⁷. No parece que este proceder, aunque sea coherente

⁹⁴ A título de ejemplo se citan las Resoluciones de la CNMC de 16 de julio de 2015, Expte.: VS/0269/10, *Transitarios 2, empresa BCN Aduanas y Transportes, S. L.*; de 8 de octubre de 2015, Expte.: VS/0091/08, *Vinos Finos de Jerez, empresa Bodegas Williams & Humbert, S. A.*, o de 8 de octubre de 2015, Expte.: VS/0091/08, *Vinos Finos de Jerez, empresa Bodegas González Byass, S. A.*

⁹⁵ Esta falta de motivación ha sido destacada por dos de los vocales de la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC (Fernando Torremocha y García-Sáenz, y Benigno Valdés Díaz) en sus respectivos votos discrepantes a la Resolución de la CNMC, de 16 de julio de 2015, Expte.: VS/0269/10, *Transitarios 2, empresa BCN Aduanas y Transportes, S. L.*: «En la presente Resolución es imposible saber cómo se ha llegado a la multa impuesta; imposible no ya para los sancionados, sino para mí — una situación con la que, por razones obvias, me encuentro muy incómodo—. Ignoro absolutamente por qué procedimiento se ha llegado a concluir que el porcentaje sancionador (el 3 por 100) es el resultado de aplicar la jurisprudencia emanada del TS (por todas, STS de 29 de enero de 2015, recurso de casación núm. 2872/2013)» (voto discrepante de Benigno Valdés).

⁹⁶ F. MARCOS, «El futuro de las multas *antitrust* en España: claroscuros de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015», disponible en <http://www.observatorioantitrust.eu/es/el-futuro-de-las-multas-antitrust-en-espana-claroscuros-de-la-sentencia-del-tribunal-supremo-de-29-de-enero-de-2015/> (consultado por última vez el 8 de noviembre de 2015).

⁹⁷ Ello no impide a las partes presentar alegaciones, como sucedió en la Resolución de 8 de octubre de 2015, Expte.: VS0091/08, *Vinos Finos de Jerez, empresa Bodegas Williams & Humbert, S. A.*

con la práctica de la Dirección de Competencia en los procedimientos sancionadores que instruye, sea respetuoso con los derechos de defensa de los administrados, por lo que sería muy recomendable que la CNMC introdujera un trámite de audiencia en estos casos⁹⁸.

También existe una cierta confusión acerca de si las partes pueden recurrir en vía contencioso-administrativa ante la Sala de lo Contencioso-Nacional de la AN las resoluciones en las que se recalcula la multa. A nuestro juicio, esta es una posibilidad que no se puede excluir, si bien la postura de la CNMC se muestra cambiante en este punto. La práctica de la CNMC en las resoluciones de ejecución de sentencia en las que se recalculaba el importe de las multas era indicar a las partes que podían presentar recurso contencioso-administrativo en el plazo de dos meses contra la citada resolución (art. 46 de la LJCA)⁹⁹. Sin embargo, en sus más recientes resoluciones de recálculo de la multa se informa a las partes que pueden promover contra la resolución incidente de ejecución de sentencia de conformidad con el art. 109 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (en adelante, «LJCA»)¹⁰⁰.

Se puede aventurar que este cambio de postura del Consejo de la CNMC podría obedecer a un deseo de someter las cuestiones litigiosas que suscite el recálculo del importe de las multas a un procedimiento incidental y, por tanto, de más fácil y rápida tramitación que el procedimiento contencioso-administrativo. Siendo esta posible finalidad razonable, entendemos que no sería incompatible con la decisión de las partes de contestar el recálculo de la multa mediante la presentación de un recurso contencioso-administrativo si consideran que mediante este procedimiento pueden defender mejor sus pretensiones, aunque solo sea porque en el marco del procedimiento administrativo ordinario se puede presumir que la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la AN tendrá ocasión de considerar más pausadamente sus argumentos.

⁹⁸ Y ello sin perjuicio de que nos parezca sumamente anómalo, por afectar en muchas ocasiones directamente al derecho de defensa de las partes, que en la práctica se acuerde nunca la celebración de vista, ni en sede administrativa (ante la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC) ni ya en sede contencioso-administrativa (ante la AN). Esta situación debería corregirse, bien introduciendo la correspondiente reforma legislativa en la LDC y/o en la LJCA, bien por la vía de la práctica decisoria de los órganos administrativos o judiciales llamados a resolver un asunto, ya que la vigente normativa permite una interpretación generosa en esta línea. Es de sobra conocido que la exposición oral de los argumentos de las partes contribuye, en ocasiones de manera decisiva, al mejor entendimiento que los llamados a resolver tienen del caso y esto minimiza el riesgo de emitir resoluciones o sentencias total o parcialmente erróneas en los casos en los que las multas, por su cuantía, pueden revestir carácter penal, como ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), y en los que una condena puede producir un coste o estigma reputacional significativo para las empresas, amén de las consecuencias pecuniarias que se pueden derivar de acciones de reclamación de daños por los potenciales perjudicados (véase STEDH de 23 de noviembre de 2006, asunto núm. 73053/01, *Jussila c. Finland*).

⁹⁹ Véase, por ejemplo, Resolución de ejecución de Sentencia de fecha 25 de septiembre de 2014, Expte.: VS/0086/08, *Peluquería Profesional* o la Resolución de ejecución de Sentencia de fecha 2 de octubre de 2013, Expte.: 558/03, *Mayoristas Pescado Alcantarilla*.

¹⁰⁰ Véase, en este sentido, la Resolución de ejecución de Sentencia de fecha 8 de octubre de 2015, Expte.: VS/0091/08, *Vinos Finos de Jerez, empresa Bodegas González Byass, S. A.*, y la Resolución de ejecución de Sentencia de fecha 16 de julio de 2015, Expte.: VS/0269/10, *Transitarios 2, empresa BcCN Aduanas y Transportes, S. L.*

El comentario sustantivo sobre las resoluciones de recálculo se refiere a la tendencia que apuntan estas Resoluciones en cuanto a la cuantía de las multas. Con carácter general y con la debida cautela que exige el limitado muestreo de resoluciones de que disponemos, las cuantías de las multas serán inferiores en aplicación de la doctrina del TS, lo que resulta lógico si tenemos en cuenta que el TS apreció en la metodología prevista en la Comunicación de 2009 un «sesgo al alza» en la graduación de las sanciones¹⁰¹.

6. CONCLUSIÓN Y PROPUESTAS DE REFORMA

Frente a la situación de total incertidumbre e inseguridad jurídica en este ámbito creada por la SAN de 6 de marzo de 2013, y las posteriores que la confirmaban, la doctrina jurisprudencial del TS que se inicia con la Sentencia de 29 de enero de 2015 resuelve al menos las dudas que planeaban sobre los grandes mimbres del sistema sancionador previsto en la LDC. Por un lado, se resuelve que el porcentaje máximo del 10 por 100 no es un «umbral de nivelación» que se aplique, a modo de factor moderador extrínseco, a la fijación de la cuantía de la multa, sino que forma parte de un «arco sancionador», y es dentro de ese arco sancionador donde se debe fijar la cuantía final de la multa. Asimismo, el TS aclara que el concepto «volumen de negocios total» significa el volumen de negocios realizado por la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, y no únicamente en el mercado directa o indirectamente afectado por la infracción.

En general, y pese a invalidar el método de cálculo de las multas previsto en la Comunicación de 2009, la doctrina del TS restituye la potestad sancionadora de las autoridades españolas de defensa de la competencia al momento anterior a marzo de 2013, cuando la doctrina de la AN interpretó el concepto de «volumen de negocios total» como circunscrito al mercado afectado por la infracción, y permite al sistema español de defensa de la competencia recuperar el pulso reputacional con otras autoridades de competencia de nuestro entorno.

Asimismo, y en una primera aproximación, se puede concluir que a partir de la STS de 29 de enero de 2015 se incrementa el grado de seguridad jurídica para los potenciales infractores respecto de la insostenible situación precedente. Sin embargo, tampoco se puede soslayar el hecho de que la declaración de invalidez de la metodología para el cálculo de las sanciones

¹⁰¹ Las multas, tal y como han sido recalculadas en algunos expedientes, muestran esta tendencia a la baja: Resoluciones de la CNMC de 16 de julio de 2015, Expte.: VS/0269/10, *Transitarios 2, empresa BCN Aduanas y Transportes, S. L.* (multa inicial: 1.184.000 euros; multa final: 639.356 euros); de 16 de julio de 2015, Expte.: VS/0287/10, *Postensado y Geotecnia, empresa CTT Stronghold, S. A.* (multa inicial: 2.426.000 euros, multa final: 164.445,31 euros); de 8 de octubre de 2015, Expte.: VS/0091/08, *Vinos Finos de Jerez, empresa Bodegas Williams & Humbert, S. A.* (multa inicial: 2.300.000 euros, multa final: 1.382.265 euros), de 8 de octubre de 2015, Expte.: VS/0091/08, *Vinos Finos de Jerez, empresa Bodegas González Byass, S. A.* (multa inicial: 870.000 euros, multa final: 730.960 euros), de 8 de octubre de 2015, Expte.: VSACAN/0012/11, *Transporte Ayuntamiento Las Palmas* (multas iniciales a los tres infractores: 43.800 euros, 292.600 euros, 53.900 euros; multas finales, respectivamente: 35.148 euros, 241.752 euros, 46.476 euros).

contenida en la Comunicación de 2009 por parte del TS ha introducido un factor de incertidumbre sobre el cálculo de las multas, que no resuelve la propia doctrina del TS¹⁰². Ahora, la CNMC debe fijar las multas basándose directa y únicamente en los arts. 63 y 64 de la LDC, y sin que el esfuerzo de la CNMC en sus primeras resoluciones por entender la doctrina del TS y aplicarla a los casos concretos haya mejorado la previsibilidad, y por tanto, la excesiva incertidumbre que sigue existiendo en este ámbito.

El análisis de las primeras resoluciones en las que la CNMC aplica los nuevos criterios para la cuantificación de las sanciones revela la existencia de un margen de mejora significativo, exigido tanto por la necesidad de respetar el principio de proporcionalidad como por el deber de motivar suficientemente cómo se calculan las multas para que las entidades infractoras no tengan la impresión, como sucede ahora, de que la cuantía de las multas se fija «a capón».

Lo anterior revela la necesidad de fijar de antemano los parámetros que la CNMC va a tener en cuenta cuando aplique los arts. 63 y 64 de la LDC. Es recomendable, por tanto, que en un futuro próximo, bien a través de una nueva Comunicación, técnica cuya validez no puede excluirse *a priori*, bien a través de una reforma parcial de la LDC¹⁰³, siendo quizás esta última vía la más segura desde un punto de vista constitucional, se regule la metodología que la CNMC debe seguir cuando aplica los arts. 63 y 64 de la LDC y, se incluyan normas precisas para evitar distorsiones al principio de proporcionalidad, como la que se puede observar en aquellos casos en los que los volúmenes de negocio totales de las empresas infractoras no son homogéneos, como sucedió en el asunto *Fabricantes de automóviles* (*cit. supra*).

Desde un punto de vista estrictamente procedimental, a nuestro juicio, es también necesario introducir una modificación en la LDC que contemple explícitamente que la propuesta de resolución de la Dirección de Competencia incluya también un apartado con la cuantía de la sanción que se propone al Consejo de la CNMC, de forma que las partes del procedimiento puedan presentar sus alegaciones sobre la cuantificación de la multa en este momento y que estas puedan ser analizadas detenidamente en fase de resolución por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC.

¹⁰² Algún autor ha criticado precisamente la doctrina del TS por entender que elimina «cualquier atisbo de previsibilidad y certidumbre para el cálculo de las multas, y reinstaura el perjuicio anti-económico del que el Tribunal Supremo ya había hecho gala en el pasado, que se aleja de las fórmulas y ecuaciones matemáticas para la estimación del importe de las sanciones» [véase F. MARCOS, «El futuro de las multas *antitrust*...», *op. cit.* (artículo en línea, *cit. supra*)].

¹⁰³ En este mismo sentido, C. PASCUAL, *op. cit.*, p. 9, quien propone legislar de forma que se instaure de nuevo parte de la metodología anterior a la STS de 29 de enero de 2015 teniendo en cuenta lo siguiente: i) una escala para obtener el importe básico de la sanción a partir de las ventas afectadas, que podría tener varios tramos en función de la calificación de la infracción como leve, grave o muy grave; ii) criterios que darían rangos de ajuste al importe básico en función de las circunstancias individuales (incluyendo posibles agravantes y atenuantes), y iii) un tope único para los tres tipos de infracciones sobre la capacidad de pago (volumen de ventas totales) y que, si se considera inequitativo que el mismo límite se aplique a todo tipo de empresas sin importar su tamaño, se podrían fijar dos o más topes o una fórmula progresiva relacionados con la capacidad de pago en función del tamaño de las empresas (y no con la gravedad de la infracción).

Finalmente, y en el concreto ámbito del procedimiento de recálculo de las multas impuestas por la CNMC con anterioridad al 29 de enero de 2015, es necesario, a efectos de garantizar los derechos de defensa de las empresas infractoras, que exista un trámite previo de alegaciones de forma que estas se puedan pronunciar sobre la cuantía que la CNMC se dispone finalmente a imponer.

DERECHO SANCIONADOR DE APARECER EN LA PRÁCTICA DE LA COMPETENCIA EN MATERIA DE POLÍTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Celia Estrella Bello

Máster en Derecho Privado y Procedimientos
Jurídicos Económicos
Universidad Carlos III de Madrid

PLANTILLA DE TEXTO

El presente escrito tiene por objeto alegar en el procedimiento de recálculo de las multas impuestas por la CNMC con anterioridad al 29 de enero de 2015, en materia de políticas restrictivas de la competencia, la existencia de una infracción de menor cuantía que la que se le imputa, para que se proceda a la reducción de la sanción impuesta. Como consecuencia de lo anterior, se solicita que se proceda a la reducción de la sanción impuesta a la cuantía que se le imputa, para que se proceda a la reducción de la sanción impuesta. Como consecuencia de lo anterior, se solicita que se proceda a la reducción de la sanción impuesta a la cuantía que se le imputa, para que se proceda a la reducción de la sanción impuesta.

El presente escrito tiene por objeto alegar en el procedimiento de recálculo de las multas impuestas por la CNMC con anterioridad al 29 de enero de 2015, en materia de políticas restrictivas de la competencia, la existencia de una infracción de menor cuantía que la que se le imputa, para que se proceda a la reducción de la sanción impuesta. Como consecuencia de lo anterior, se solicita que se proceda a la reducción de la sanción impuesta a la cuantía que se le imputa, para que se proceda a la reducción de la sanción impuesta.

¹ Véase, en este sentido, la doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo, que ha considerado que el procedimiento de recálculo de las multas impuestas por la CNMC con anterioridad al 29 de enero de 2015, en materia de políticas restrictivas de la competencia, es un procedimiento de recálculo de las multas impuestas por la CNMC con anterioridad al 29 de enero de 2015, en materia de políticas restrictivas de la competencia.

DERECHO SANCIONADOR Y ANALEPSIS NORMATIVA. LA NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TS SOBRE EL CÁLCULO DE LAS SANCIONES EN MATERIA DE PRÁCTICAS RESTRICTIVAS DE LA COMPETENCIA

Carlos PADRÓS REIG

Doctor en Derecho. Profesor titular de Derecho administrativo
Universitat Autònoma de Barcelona
Letrado del Tribunal Constitucional

1. PLANTEAMIENTO

La rama del Derecho administrativo especial consistente en el estudio del Derecho sancionador tiene un campo de estudio con un notable porvenir. A pesar de los excelentes estudios ya existentes¹, todavía existen campos aptos para un ulterior desarrollo científico. Cuestiones como la modulación subjetiva de la sanción o los grados de comisión de la misma o la atribución de responsabilidad por hechos complejos, suponen un reto para los nuevos estudios doctrinales y para su aplicación práctica. En estas páginas pretendemos abordar algunas de estas cuestiones en relación a las sanciones en aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

El Derecho sancionador no debería existir en un paradigma de cumplimiento perfecto y espontáneo de las normas. Como sea que esta situación no corresponde a la realidad, las normas prevén un sistema de penalización para los casos de incumplimiento. La finalidad última de la sanción no es resarcir un daño (para esto ya hay otros mecanismos), sino penalizar al infractor y con ello lograr un mejor cumplimiento de las prescripciones del ordenamiento. Esta concepción explica porque, cada vez más frecuentemente, se modula el importe de la sanción con la condición del sujeto infractor de manera que a mayor capacidad económica, debe corresponder una mayor sanción. Así se logra lo que en terminología anglosajona

¹ B. LOZANO CUTANDA, *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2010; A. NIETO, *Derecho administrativo sancionador*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos, 2012; A. HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, 2007.

se denomina el «*deterrence*» o la disuasión². Efectivamente, a una gran empresa multinacional con unos beneficios sustanciosos, una multa de, pongamos, 100.000 euros, puede suponer un pequeño apunte contable en la cuenta de gastos. Esa misma cuantía sancionadora para una pequeña o mediana empresa, puede comprometer su viabilidad. Es por ello que propugnamos las bondades de la extensión de la modulación subjetiva de la sanción económica como ya se explora tímidamente en el art. 131.2 de la Ley 30/1992³.

El Derecho de la competencia, como Derecho administrativo especial, y las autoridades de competencia, como autoridades administrativas que son, no son ajenas a esta evolución. Si acaso, el manejo de conceptos relativamente abiertos y sujetos a valoración como pueden ser el mercado relevante afectado por una conducta anticompetitiva o los grados de participación de un operador en un cártel, desaconsejan un automatismo sancionador y, consecuentemente, aumentan la necesidad de modulación de las sanciones.

Todo ello debe combinarse con el omnímodo principio de proporcionalidad (adecuación de la gravedad de las conductas con la sanción impuesta) y con la exigencia de certeza y previsibilidad del ejercicio de esta potestad administrativa. La capacidad de disuasión no solo se logra con la cuantía de las sanciones sino también con la certeza de su imposición y el conocimiento *a priori* de las consecuencias de determinadas conductas calificadas como ilícitos administrativos. Por tanto, como vemos, la exigencia de discrecionalidad y adaptabilidad de las sanciones debe combinarse con la taxatividad y la certeza de las mismas, en un difícil equilibrio que a veces resultará discutido.

Sea como fuere, en estas páginas vamos a explorar el sistema español de sanciones a las infracciones a la defensa de la competencia desde un triple enfoque: la previsión normativa, la aplicación administrativa y la revisión judicial, anticipando que no siempre los tres planos van a ser coincidentes. Ello, además, abre la puerta a otros temas de notable calado: la capacidad normativa de las agencias reguladoras (en nuestro casos las autoridades de competencia); la relación del Derecho europeo de la competencia con los ordenamientos nacionales o los efectos de la capacidad revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

² N. CALVIÑO, «Public enforcement in the EU: Deterrent Effect and Proportionality of Fines», en C.-D. EHLERMANN e I. ATANASIU, *Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford, 2007; J. PADILLA y E. ZOIDO, «El papel disuasorio de las sanciones: una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias», en S. MARTÍNEZ LAGE y A. PETITBÓ, *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, Madrid, Marcial Pons-Fundación Rafael del Pino, 2008; M. MOTTA, «On Cartel deterrence and fines in the EU», *European Competition Law Review*, vol. 29, núm. 4, 2008

³ J. GONZÁLEZ PÉREZ y F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2012. Cfr. igualmente la STC 76/1990, de 26 de abril, sobre la modulación de las sanciones tributarias y el principio de capacidad y como la existencia de estos parámetros variables no vulnera ni el principio de igualdad ni el de predeterminación normativa (FJ 6.º).

2. EL SISTEMA SANCIONADOR CLÁSICO EN LA LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La Ley 15/2007, a diferencia de su predecesora⁴, regula con notable detalle la cuestión del cálculo del importe de las sanciones en sus arts. 63 y 64. Se trata de un doble sistema basado tanto en la gravedad de las conductas como en la capacidad económica del sujeto. Se sanciona de acuerdo con el siguiente esquema:

Infracción leve	0-1 por 100 volumen negocios total año anterior
Infracción grave	0-5 por 100 volumen negocios total año anterior
Infracción muy grave	0-10 por 100 volumen negocios total año anterior

El sistema es, pues, tributario de la idea de la modulación de la sanción según la capacidad económica del sujeto infractor. El precepto merece algunas aclaraciones. En primer lugar, la Ley prevé un sistema de multas máximas (importe tope). Es decir, en realidad se está atribuyendo a las autoridades de competencia una cierta discrecionalidad entre un mínimo inespecífico (un euro, por ejemplo) y un porcentaje del «volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa» (VNT). Esta horquilla funciona de manera ilimitada dentro de cada tipo de infracción de manera que la escala no resulta siempre consecutiva. En otras palabras, una infracción grave puede ser sancionada con cuantía inferior a una leve⁵. Residualmente, en los casos donde no sea posible obtener el dato del VNT, se establece una horquilla de cantidades fijas de acuerdo con el sistema tradicional⁶.

Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.

La fijación de una horquilla de importes para las sanciones, no agota, sin embargo, las prescripciones normativas en aras a delimitar la discrecionalidad de las autoridades de competencia en la fijación de la multa.

⁴ El literal del art. 10.1 de la Ley 16/1989, establecía que: «El Tribunal podrá imponer a los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones de aquellas que, deliberadamente o por negligencia, infrinjan lo dispuesto en los arts. 1, 6 y 7, o dejen de cumplir una condición u obligación prevista en el art. 4.2, multas de hasta 150.000.000 pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal». Véase J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO GONZÁLEZ ORUS, *Tratado de Derecho de la Competencia*, Barcelona, Bosch, 2005.

⁵ Resolución CNC de 17 de mayo de 2011, Expte. SNC/0008/10, caso *TOMPLA*. No deja este de ser un supuesto excepcional al aplicarse la legislación más favorable a los umbrales de exención de las operaciones de concentración según la reforma introducida por la Ley de Economía Sostenible.

⁶ Las infracciones leves con multa de 100.000 a 500.000 euros; las infracciones graves con multa de 500.001 a 10 millones de euros; las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros. Nótese como para las infracciones muy graves se fija solo el suelo del intervalo.

El legislador prevé en su art. 64 LDC que el importe final de las sanciones (debe entenderse una vez establecida la calificación de la infracción) se fijará atendiendo, entre otros, a los siguientes criterios:

- a) La dimensión y características del mercado afectado por la infracción.
- b) La cuota de mercado de la empresa o empresas responsables.
- c) El alcance de la infracción.
- d) La duración de la infracción.
- e) El efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos.
- f) Los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción.
- g) Las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables⁷.

Hay que notar como los criterios de graduación dentro de la horquilla prefijada pueden operar tanto al alza como a la baja. El alcance, la duración de la infracción o los beneficios obtenidos son circunstancias ponderadoras abiertas que se fijan en relación a otros casos investigados⁸. Esta circunstancia, junto con la utilización de parámetros contables (volumen de negocio) o mercantiles (asociaciones, uniones o agrupaciones de empresas), abren el campo a una considerable capacidad de modulación. «El art. 64 implica un avance frente a la situación anterior: entre los criterios para la determinación del importe de las sanciones se distingue entre aquellos aspectos relacionados con la naturaleza y gravedad de la infracción y las circunstancias particulares de cada empresa infractora que son desarrolladas posteriormente en los apartados 2 y 3 de esta disposición. Sin embargo, el método de cálculo de multas establecido en la LDC continúa siendo deficiente en términos de transparencia y de claridad metodológica, en especial cuando se compara con el Derecho comunitario»⁹.

Insistimos, pues en que la LDC de 2007 supone un avance en la predefinición normativa de los criterios de imposición y de cuantificación de la sanción. Se establece una triple escala de infracción leves, grave y muy

⁷ Se enumeran como circunstancias agravantes: a) la comisión repetida de infracciones tipificadas en la presente Ley; b) la posición de responsable o instigador de la infracción; c) la adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas; d) la falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora, sin perjuicio de la posible consideración como infracción independiente según lo previsto en el art. 62. Y como circunstancias atenuantes: a) la realización de actuaciones que pongan fin a la infracción; b) la no aplicación efectiva de las conductas prohibidas; c) la realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado; d) la colaboración activa y efectiva con la Comisión Nacional de la Competencia llevada a cabo fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los arts. 65 y 66 de esta Ley (programa de clemencia).

⁸ Cfr. A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «Artículo 63. Sanciones y Artículo 64. Criterios para la determinación del importe de las sanciones», en VVAA, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, 2012, pp. 989 y ss.; A. VIDE, «Artículo 63 y Artículo 64», en M. ODRIOZOLA (dir.), *Derecho Español de la Competencia*, Barcelona, Bosch, 2008.

⁹ A. VIDE, «Artículo 63 y Artículo 64», en M. ODRIOZOLA (dir.), *Derecho Español de la Competencia*, Barcelona, Bosch, 2008, p. 1095.

grave (antes inexistente), a la vez que se prefiguran los criterios que podrá utilizar la autoridad para la exacta cuantificación del importe.

3. 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 ARTS. 1, 2 Y 3
DE LA LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO, DE DEFENSA
DE LA COMPETENCIA Y DE LOS ARTS. 81 Y 82
DEL TRATADO DE LA COMUNIDAD EUROPEA

El *BOE* núm. 36, de 11 de febrero de 2009, publica un instrumento interpretativo de primera magnitud donde la CNC determina el sentido de la aplicación de algunos elementos básicos en el cálculo de las sanciones a imponer en materia de defensa de la competencia¹⁰. Sobre la cuestión de la naturaleza y valor normativo de las comunicaciones, nos hemos pronunciado ya en otro lugar¹¹. Lo que ahora más interesa es constatar la articulación metodológica del sistema de cálculo que ofrezca mayor certidumbre, previsibilidad y mayor seguridad jurídica a los operadores. La metodología general para la cuantificación de las multas será aplicada con carácter general aunque ello no impide que, excepcional y motivadamente, la CNC aplique de forma circunstancial otros criterios distintos.

Con estas premisas, la Comunicación plantea una fórmula para el cálculo de la sanción dividida en tres fases sucesivas¹²: A. Determinación del importe básico de la sanción; B. Aplicación de un coeficiente de ajuste en función de las circunstancias agravantes y atenuantes; C. Ajuste a los límites establecidos en la LDC y al beneficio ilícito obtenido por el infractor como consecuencia de la infracción.

A. DETERMINACIÓN DEL IMPORTE BÁSICO

El importe básico de la sanción se calculará como una proporción del volumen de ventas de la empresa o empresas afectados por la infracción. A su vez, el volumen de ventas afectado por la infracción será la suma ponderada de las ventas obtenidas por el infractor en los mercados de producto o servicio y geográficos donde la infracción haya producido —o sea susceptible de producir— efectos, durante el tiempo que la infracción haya tenido lugar y antes de la aplicación del IVA y otros impuestos relacionados. Se

¹⁰ Cfr. I. SÁNCHEZ, «La nueva comunicación de sanciones por infracciones de las normas de competencia», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 10, julio-agosto de 2009.

¹¹ C. PADROS REIG, «Los poderes normativos de las autoridades de defensa de la competencia en el control de los cárteles», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO GONZÁLEZ ORUS, *La lucha contra los cárteles en España*, Civitas-Thomson Reuters, 2015.

¹² Un ejemplo detallado de la metodología de cálculo puede verse en Resolución CNC de 28 de febrero de 2013 (Expte. S/0342/11), caso *Espuma de Poliuretano*.

suman por tanto tres elementos distintos: volumen de negocio, afectación geográfica y duración temporal. El importe básico de la sanción vendrá determinado por la aplicación de los criterios señalados en las letras a) a e) del art. 64.1 de LDC, que como hemos visto antes, ponderan: la dimensión y características del mercado afectado, la cuota de mercado del infractor, el alcance de la infracción, su duración y sus efectos.

Cuando el mercado donde la infracción haya producido o sea susceptible de producir efectos, trascienda las fronteras del Estado español, se tendrá en cuenta el volumen de ventas afectado por la infracción dentro del Espacio Económico Europeo. En esos casos, se procederá según lo dispuesto en el Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del TCE, en especial los arts. 11 y ss., y la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia de 27 de abril de 2004.

Cuando para alguno o algunos de los años del periodo de duración de la infracción no sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción, se imputará a tales años el volumen de ventas afectado por la infracción del último año en el que se tenga constancia de que la infracción se ha producido. En aquellos casos en que ni siquiera sea posible calcular el volumen de ventas afectado por la infracción durante el último año de la misma, se tomará en su lugar el volumen de ventas de las cuentas anuales aprobadas en el último ejercicio fiscal.

Al respecto, cabe decir que el criterio del volumen de ventas en el mercado afectado (VVMA) puede dar una dimensión cuantitativa de la práctica restrictiva pero no de sus efectos perniciosos. Así, si partimos de la base que la cartelización entre empresas es siempre una conducta muy grave, se hubiera podido afinar más el criterio y en vez de basarlo en un dato como el volumen de ventas, analizar los daños efectivamente producidos por el cártel o los beneficios obtenidos por las empresas. Ello requeriría unos estudios económicos más elaborados y detallados para los que las autoridades no siempre disponen de los medios humanos y de tiempo necesarios. Lo cierto es que la literatura económica permite evaluar muy distintos impactos de los cárteles y los daños a los consumidores varían enormemente¹³.

El importe básico se obtendrá aplicándole al volumen de ventas afectado por la infracción (VVMA) un porcentaje que, partiendo del 10 por 100, podrá incrementarse en consideración a los siguientes criterios de forma acumulativa: i) si la infracción es calificada como muy grave, el porcentaje se podrá aumentar hasta en diez puntos porcentuales; ii) si el mercado o mercados relacionados con la infracción corresponden a un *input* productivo susceptible de provocar efectos en cascada en distintos mercados, el porcentaje se podrá aumentar hasta en diez puntos porcentuales. Por tanto,

¹³ J. M. CONNOR e Y. BOLOTOVA, «Cartel overcharges: survey and meta-analysis», *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24, 2006.

el importe básico se situará entre un 10 y un 30 por 100 (10+10+10) del volumen de ventas afectado por la infracción.

Finalmente, el importe básico de la sanción aumentará con la duración de la infracción. El peso relativo de cada año adicional de infracción será decreciente con la duración. Así, el volumen de ventas correspondiente al último año de infracción será computado en su totalidad, mientras que los de las ventas de años anteriores se ponderarán decrecientemente de acuerdo con la regla $1 = 1,00$; $2 = 0,75$; $3 = 0,50$; $4 = 0,25$; $5 = 0,15$; $6 = 0,10$; 7 y ss. $= 0,05$. Hay que reparar en cómo el factor tiempo puede presentar una distorsión importante en la obtención de la cifra de ventas final. En los cárteles de larga duración y en declive, el mayor impacto se produce en el momento temporal más alejado y ello hace que se multiplique por un factor menor. En cambio, el factor mayor (más cercano en el tiempo) puede aplicarse a unas ventas francamente residuales. La fórmula de tiempo presume pues que los beneficios del cártel son constantes, lo que no deja de ser una presunción. Igualmente, en situaciones de inestabilidad económica (alta inflación), deberían actualizarse las cifras de ventas de acuerdo con constantes monetarias. No es lo mismo el valor x de unas ventas hace diez años que el valor de esa misma x hoy.

B. COEFICIENTE DE AJUSTE

Al importe básico obtenido en la anterior operación, y de conformidad con lo establecido en la letra g) del art. 64.1 de la LDC, se incrementará o reducirá en función de las circunstancias agravantes o atenuantes relacionadas, respectivamente, en los apartados 2 y 3 del mismo art. 64, entre otras posibles. La aplicación de cada una de las circunstancias agravantes o atenuantes referidas en el párrafo anterior supondrá un aumento o disminución del importe básico en un porcentaje de entre un 5 y un 15 por 100, de manera que hay que entender que por la apreciación de cada una de las circunstancias individualmente consideradas, el resultado puede oscilar un 5 por 100.

En cuanto a la agravante de reincidencia, la Comunicación ofrece un criterio para apreciarla: se entenderá que la comisión de una infracción con anterioridad a la comisión de la infracción sancionada supone una circunstancia agravante cuando: i) exista una resolución firme en vía administrativa o una sentencia judicial en la que se declare acreditada la comisión de la infracción anterior; o ii) dicha resolución sancionadora se haya dictado en los diez años anteriores a la comisión de la infracción que se pretende sancionar.

C. LÍMITES DE LAS SANCIONES

El importe final de la sanción no podrá en ningún caso superar los límites máximos que, para cada tipo de infracción, establece el art. 63 de la

LDC. A efectos del cálculo del límite máximo se atenderá a lo dispuesto en el art. 61.2 de la LDC.

La Comunicación contiene otros aspectos que no centran ahora nuestra atención (delimitación del concepto mercado de reciente liberalización o sanciones a representantes legales o personas que integran los órganos directivos intervinientes en el acuerdo o decisión objeto de sanción). Lo cierto es que la Comunicación CNC de 2009 ofrece al operador una mayor claridad y objetividad en cuanto a la determinación del *quantum* sancionador de las posibles infracciones. Hay que decir que la CNC se basa en gran medida en el modelo europeo de cálculo de las sanciones expresado en las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23.2.a) del Reglamento (CE) núm. 1/2003¹⁴. Para no reiterar los mismos conceptos, nos valdremos de un cuadro resumen¹⁵:

<i>Multa de base</i>	Porcentaje del valor de las ventas afectadas (0-30 por 100) x duración (en años o en periodos inferiores a un año) + 15-25 por 100 del valor de las ventas consideradas: elemento disuasorio adicional para los cárteles
<i>Incrementada por</i>	<i>Factores agravantes</i> Por ejemplo, liderar la infracción, ser reincidente u obstruir la investigación
<i>Reducida por</i>	<i>Factores atenuantes</i> Por ejemplo, participación limitada o comportamiento favorecido por la normativa
<i>Sujeta a un máximo global</i>	<i>10 por 100 del volumen de negocios (por infracción)</i>
<i>Posibilidad de reducción adicional por</i>	<i>Clemencia:</i> 100 por 100 para la 1ª, hasta el 50 por 100 para la siguiente, 20-30 por 100 para la tercera y hasta el 20 por 100 para las demás
	<i>Transacción:</i> 10 por 100
	<i>Reducción por incapacidad contributiva</i>

De lo expuesto el lector podrá comprender la diferencia que existe entre el sistema actual y el sistema previsto en la Ley 16/1989. Se ha pasado de una cuantificación por límites objetivos (horquilla de importes) a una cuantificación variable según la gravedad de las conductas. Además, el sistema antiguo no contemplaba separadamente la gravedad intrínseca de la

¹⁴ DOUE C-210/2, de 1 de septiembre de 2006.

¹⁵ Disponible en www.ec.europa.eu/competition/cartels/overview/factsheet_fines_es.pdf. Acceso en junio de 2015.

conducta con los elementos individualizados del caso. Es decir, para el legislador de 1989 la duración y el alcance del cártel constituía un elemento típico de la escala sancionadora y no un elemento de graduación del cálculo del *quantum* sancionador dentro de cada escalón. La interpretación del Derecho europeo así como la de las autoridades de competencia en España es que la lectura de los arts. 63 y 64 LDC no se realiza con el mismo orden de la Ley sino al inverso en que aparece en la Ley. Primero se aplica el art. 64 y se determina el importe de la multa y después se comprueba si ese importe resultante es acorde con la limitación del art. 63 LDC (tope máximo o mal llamado umbral de nivelación). No hay una lectura conjunta de los dos preceptos sino que uno realmente se destina a la cuantificación de la sanción y el otro establece una comprobación ulterior para asegurar que la sanción no es excesiva. Esta interpretación es legítima y común, pero, como veremos, no es la única posible.

4. LA REVISIÓN JUDICIAL DE CIERTOS CASOS EN LA AN

La aplicación de los preceptos de la Ley 15/2007 ha sido irregular pero esencialmente basada en la metodología de cálculo que hemos explicado en el periodo 2007-2013¹⁶. Es en 2013 cuando la Audiencia Nacional en un proceso contencioso-administrativo interpuesto por Emilio Lustao, S. A., en la discusión de la sanción impuesta, introduce una importante corrección interpretativa (SAN de 6 de marzo de 2013, recurso 619/2010). Efectivamente, la Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia de fecha 28 de julio de 2010, impuso a la recurrente la sanción de multa de 400.000 euros por resultar acreditada una infracción del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y del art. 101 del TFUE¹⁷. Esta resolución —junto con otras de la familia Vinos Finos de Jerez¹⁸— fue recurrida ante la Sección 6.^a de la Sala de lo contencioso-administrativo de la AN. A juicio de la Audiencia debe producirse una atenuación de la multa por una cuestión que es propiamente ajena al cálculo en sí como es el hecho de que la Administración creara una cierta confusión o apariencia de Derecho en la actuación de las empresas que se cartelizaban para fijar el precio de la uva. Este aspecto escapa ahora de nuestro estudio¹⁹.

¹⁶ Véase la lista de casos en C. LILLO ÁLVAREZ, «La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 15, 2014. Se da además la circunstancia anecdótica de que un día antes de la Sentencia de 6 de marzo de 2013 que después se analiza, la AN dicta Sentencia en el recurso 566/2011, *Misturas, Obras e Proxectos* (Expte. S/022610, *Licitaciones carreteras*), donde se analiza y valida la aplicación de la Comunicación de multas apelando a la jurisprudencia comunitaria y a las Directrices comunitarias en relación con el cálculo de multas, así como se reconoce la diferencia entre el volumen de ventas afectado (art. 64) y volumen de negocio total (art. 63).

¹⁷ Expte. S/0091/08, *Vinos Finos de Jerez*.

¹⁸ SAN de 7 de marzo de 2013 (rec. 535/2010); SAN de 8 de marzo de 2013 (rec. 540/2010); SAN de 10 de abril de 2013 (rec. 622/2010).

¹⁹ Lo hemos tratado ya en C. PADROS REIG, «La presencia de la Administración Pública en cárteles privados: la regulación administrativo-colusoria», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 32, 2013. «En el caso se anuló la Resolución en lo que a la imposición de sanción se refiere, al

Sí nos interesa, en cambio, la parte del FJ 8.º que se dedica a examinar dos cuestiones: a) la nueva interpretación del cálculo; y b) la compatibilidad de la misma con el Derecho europeo²⁰.

A. LA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LA FÓRMULA DE CÁLCULO DE LA SANCIÓN

La interpretación de la naturaleza del límite del 10 por 100 de sanción a que se refieren los arts. 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007, ha de hacerse conforme a la legislación nacional española; y a tal efecto, es esencial la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el principio de legalidad consagrado en el art. 25 CE. Para ello, la sentencia trae a colación la doctrina de la doble garantía expresada en la STC 100/2003, de 2 de junio:

«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”. Recientemente hemos hecho hincapié en esta doble garantía en las SSTC 133/1999, de 15 de julio, FJ 2.º; 276/2000, de 16 de noviembre, FJ 6.º; 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4.º; 75/2002, de 8 de abril, FJ 4.º; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3.º

En lo que ahora estrictamente interesa debemos señalar que, supuesta la vinculación de la garantía material con el principio de seguridad jurídica, este Tribunal ha precisado que incorpora el mandato de taxatividad o de *lex certa*, “que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas punibles y de sus correspondientes sanciones” (entre otras, SSTC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3.º, y 123/2001, de 4 de junio, FJ 11). Con ello hemos puesto el acento en la consideración de dicho mandato como una garantía de la denominada vertiente subjetiva de la seguridad jurídica (según la expresión utilizada en las SSTC 273/2000, de 15 de noviembre, FJ 11, y 196/2002, de 28 de octubre, FJ 5.º), lo que hace recaer sobre el legislador el deber de configurar las leyes sancionadoras con el “máximo esfuerzo posible” [STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7.ºc)] para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. En palabras de la STC 116/1993, de

no concurrir el elemento subjetivo de la culpabilidad por el protagonismo y la iniciativa de la Administración autonómica en la realización de las prácticas restrictivas, unido a un contexto normativo que inducía a error», A. ESCUDERO, «Multas a empresas: imputabilidad de las matrices y determinación del importe de las sanciones», Paper presentado al IV seminario sobre Acuerdos Restrictivos de la Competencia del proyecto de investigación DER2011-27249, Madrid, Universidad CEU San Pablo, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia, 2014 (inédito).

²⁰ Se exponen de manera inversa en la SAN.

29 de marzo, FJ 3.º, la garantía material lleva consigo la exigencia de que la norma punitiva permita “predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa” [en los mismos o parecidos términos, SSTC 53/1994, de 24 de febrero, FJ 4.ºa); 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3.º; 124/2000, de 19 de julio, FJ 4.º; y 113/2002, de 9 de mayo, FJ 3.º]. Observada desde su envés, esta garantía conlleva la inadmisibilidad de “formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador” (STC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5.º)».

Junto con lo anterior, la reserva de Ley en la determinación de las sanciones administrativas, exige una definición por el legislador de los tipos de infracción administrativa y las sanciones que les sean de aplicación, sin que sea posible que se puedan tipificar nuevas infracciones ni introducir nuevas sanciones o alterar el cuadro de las existentes por una norma reglamentaria cuyo contenido no esté suficientemente predeterminado o delimitado por otra con rango de Ley (SSTC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2.º; 101/1988, de 8 de junio, FJ 3.º; 61/1990, de 29 de marzo, FJ 8.º; 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 10; y 25/2002, de 11 de febrero, FJ 4.º). Pese a ello, es necesario admitir que este no es el supuesto que se plantea al caso. No se discute en realidad si las autoridades de competencia han creado tipos sancionadores nuevos no previstos por el legislador sino la legalidad de la fórmula de cálculo del importe de la sanción.

A juicio de la AN, «interpretar los arts. 10 y 63 en el sentido de que el 10 por 100 del volumen de negocios opera exclusivamente como límite a la cuantificación de las sanciones que la CNC pueda imponer, de suerte que tal órgano administrativo es libre de aplicar cualesquiera porcentajes sobre el valor de las ventas de los bienes y servicios o volumen de negocio en relación directa o indirecta con la infracción, contradice frontalmente el principio de *lex certa* y reserva legal, respecto de las sanciones administrativas que recoge el art. 25 de la Constitución en la interpretación que de este precepto nos da el TC». La literalidad de los arts. 10 de la Ley 16/1989 y 63 de la Ley 15/2007, permite su interpretación según los parámetros señalados por el TC, lo que hace improcedente plantear la cuestión de inconstitucionalidad de la Ley, solo posible cuando la norma legal no permita una interpretación conforme a la Constitución.

En conclusión señala la SAN que:

«a) Una interpretación del límite del 10 por 100 conforme a la Constitución, exige entender que el mínimo de la sanción será el 0 por 100 y el máximo el 10 por 100 debiendo graduarse la multa dentro de esta escala, según las agravantes y atenuantes concurrentes, valorando su duración y gravedad, desde la perspectiva de la escala establecida por el legislador de 2007, respecto de las infracciones leves —hasta el 1 por 100—, de las graves —hasta el 5 por 100—, y de las muy graves —hasta el 10 por 100—. Nada impide que las respectivas multas se fijen en atención a toda la escala, pero razonando en cada caso la concreta gravedad en la conducta de cada infractor que justifique la fijación del concreto porcentaje.

b) Las amplias facultades que el Reglamento CEE 1/2003 otorga a la Comisión en la graduación de las sanciones, no son trasladables a la CNC, de una parte, porque el Derecho europeo no se las concede, de otra parte, porque el Derecho español lo impide por rango constitucional, y, por último, porque no existe semejanza entre la naturaleza jurídica de la Comisión y de la CNC»²¹.

En cierto modo, se desenfoca el problema de metodología hacia un problema a nuestro juicio inexistente como es la ausencia de regulación legal sobre la predeterminación de las sanciones. La previsión legal existe y no parece acertada la afirmación de la sentencia en referencia a que el órgano administrativo es libre de aplicar cualquier porcentaje al volumen de ventas. Volveremos sobre ello más adelante.

La discusión sobre la compatibilidad de la discrecionalidad administrativa en la fijación del importe de las multas con el principio constitucional de taxatividad no es el único aspecto relevante de la revisión jurisdiccional. La AN da un paso más y ofrece una interpretación de lo que deba entenderse como el límite máximo de las multas según el «volumen total de ventas». Efectivamente, la sentencia establece que «desde este punto de vista cabe entender que volumen de negocios total, viene referido a la total actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, o el volumen de negocios total en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción. Para determinar el sentido de la norma atenderemos:

- a) La proporcionalidad: tomar las totales actividades de la empresa, aún aquellas ajenas al ámbito de la infracción, no es proporcional a la infracción reprimida.
- b) Finalidad de la norma: consiste en la reprensión de las conductas contrarias a la libre competencia, en el ámbito donde se produzcan.
- c) Ámbito de la vulneración: el sector afectado por la conducta es el parámetro de protección de la libre competencia.

Todo ello lleva a la AN a concluir que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción».

Como veremos, sin embargo, la AN mezcla dos criterios distintos para el cálculo de la sanción. El primero es el relativo a la gravedad misma de la infracción a la libre competencia y el segundo es el establecimiento de un tope máximo de importe sancionador en atención a la capacidad económica del sujeto. A pesar de citarse como apoyo de la opción interpretativa —tendencialmente *contra legem*— la STGUE de 12 de diciembre de 2012 (asunto T-352/09, *Novácke Chemické*), la realidad es que la doctrina europea refiere al cálculo del importe de la sanción y no al tope máximo de imposición de la misma.

²¹ Discrepa de estas conclusiones el voto particular de la magistrada doña Lucía Acín.

B. LA COMPATIBILIDAD DE LA MISMA CON EL DERECHO EUROPEO

El caso enjuiciado por la AN y en general la cuestión de la cuantificación de las sanciones en materia de competencia se encuentra con una ulterior dificultad. El sistema español que ahora se cuestiona es en gran medida tributario del Derecho europeo. La Directrices de la Comisión de 2006 son sustancialmente idénticas a las españolas (o mejor, a la inversa). Por ello puede resultar conflictivo aplicar metodologías de cálculo diferenciadas según se trata de una infracción de ámbito nacional o europeo. Recordemos que las autoridades de competencia nacionales aplican también las previsiones sobre competencia del TFUE en su territorio y por ello puede existir la necesidad de cierta armonización o convergencia de las soluciones en cuanto a la cuantificación. En el ámbito del Derecho europeo el Reglamento (CE) 1/2003 aborda la cuestión en su art. 23.2 cuando establece la regla de que la sanción no podrá superar el 10 por 100 del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior (una disposición homóloga de nuestro art. 63 LDC)²².

La resolución de la AN trae a colación la doctrina contenida en la STGUE de 12 de diciembre de 2012 (asunto T-352/09, *Novácke Chemické c. Comisión*):

«160. Por otro lado, se desprende igualmente de reiterada jurisprudencia que el art. 23, apartado 2, del Reglamento núm. 1/2003 no exige que en el supuesto de que se impongan multas a varias empresas implicadas en una misma infracción, el importe de la multa impuesta a una empresa pequeña o mediana no sea superior, en porcentaje de volumen de negocios, al de las impuestas a las empresas más grandes. En realidad, de dicho precepto se desprende que, tanto en el caso de las empresas pequeñas o medianas como en el de las de mayor tamaño, procede tener en cuenta, para calcular el importe de la multa, la gravedad y la duración de la infracción. En la medida en que la Comisión imponga a cada una de las empresas implicadas en la misma infracción una multa que esté justificada en función de la gravedad y en la duración de la infracción, no puede reprochársele que las cuantías de las multas de algunas de ellas sean superiores, en porcentaje del volumen de negocios, a las de las otras empresas (Sentencias del Tribunal de 5 de diciembre de 2006, *Westfalen Gassen Nederland/Comisión*, T-303/02, rec. p. II-4567, apdo. 174, y de 28 de abril de 2010, *Gütermann y Zwicky/Comisión*, T-456/05 y T-457/05, rec. p. II-1443, apdo. 280).

161. En lo que atañe a la alegación de la demandante basada en el hecho de que el importe de la multa que se le impuso era muy cercana al límite máximo del 10 por 100 del volumen global de negocios (véanse los apdos. 152 y 153 *supra*) procede señalar que parece desconocer la naturaleza de este límite. En efecto, la cuantía correspondiente al 10 por 100 del volumen global de negocios de un participante en una infracción a las normas

²² Existen numerosos ejemplos de la aplicación de la metodología de cálculo de la sanción en base a las Directrices europeas de 2006: STGUE de 16 de septiembre de 2013, asunto T-396/10 *Zucchetti Rubinetteria*; STGUE de 16 de junio de 2011, asuntos T-208/08 y T-209/08, *Gosselin Group*; STGUE de 13 de diciembre de 2012, asunto T-103/08, *Versalis y ENI*; STGUE de 2 de febrero de 2012, asunto T-83/08 *Denka Chemicals*.

de la competencia no es, a diferencia de lo que parece creer la demandante, una multa máxima, que solo debe imponerse en el caso de las infracciones más graves. Según la jurisprudencia, se trata más bien de un umbral de nivelación que tiene como única consecuencia posible reducir hasta el nivel máximo autorizado el importe de la multa calculado en función de los criterios de gravedad y duración de la infracción. La aplicación de este límite permite que la empresa implicada no pague la multa que en principio le correspondería abonar en virtud de una estimación basada en tales criterios (Sentencia *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, de 28 de junio de 2005, asunto C-189/02, apdo. 283)²³.

162. El Tribunal de Justicia también ha declarado que este límite no prohíbe que la Comisión utilice en sus cálculos de la multa un importe intermedio superior a dicho límite. Tampoco prohíbe que las operaciones de cálculo intermedias que toman en consideración la gravedad y la duración de la infracción se realicen sobre un importe que supere dicho límite. Si resultara que, al finalizar los cálculos, el importe final de la multa debe reducirse a un nivel que no sobrepase el mencionado límite superior, el hecho de que ciertos factores, tales como la gravedad y la duración de la infracción, no repercutan de manera efectiva en el importe de la multa impuesta es una mera consecuencia de la aplicación de dicho límite superior al importe final (Sentencia *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, citada apdos. 278 y 279).

163. De ello se desprende que, el mero hecho de que la multa impuesta a la demandante se halle cerca del umbral del 10 por 100 de su volumen de negocios, en tanto que el porcentaje es inferior para otros participantes en el cártel, no puede constituir una vulneración del principio de igualdad de trato o de proporcionalidad. En efecto, esa consecuencia es inherente a la interpretación del umbral del 10 por 100 exclusivamente como un umbral de nivelación, que se aplica tras una eventual reducción del importe de la multa en razón de circunstancias atenuantes o del principio de proporcionalidad (Sentencia del Tribunal de 16 de junio de 2011, *Putters International/Comisión*, T-211/08, apdo. 74).

A juicio de la AN, la prevalencia del Derecho europeo no implica que el esquema de atribución de competencias a la Comisión en materia de Defensa de la Competencia, suponga su traslado automático a los órganos nacionales de Defensa de la Competencia, dada su diferente naturaleza y ámbito de actuación. De todo ello, se desprende que el art. 23 del Reglamento UE 1/2003 atribuye las facultades sancionadoras a la Comisión sin remisión a las autoridades nacionales en cuanto a su ejercicio, y por ello la facultad de sancionar en los términos recogidos en el reglamento solo es aplicable a la Comisión.

Según este esquema descrito, la tipificación europea de las conductas contrarias a la libre competencia vincula a las autoridades nacionales. Por el contrario, la imposición de las multas sancionadoras (la actividad de aplicación o ejecución de la normativa europea) se regiría por el Derecho

²³ Asuntos *Dansk Rørindustri A/S (C-189/02 P)*, *Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH y otros (C-202/02 P)*, *KE KELIT Kunststoffwerk GmbH (C-205/02 P)*, *LR af 1998 A/S (C-206/02 P)*, *Brugg Rohrsysteme GmbH (C-207/02 P)*, *LR af 1998 (Deutschland) GmbH (C-208/02 P)*, y *ABB Asea Brown Boveri Ltd (C-213/02 P) contra Comisión de las Comunidades Europeas*.

nacional. La actividad estrictamente ejecutiva regulada en el Reglamento quedaría circunscrita a las infracciones de los arts. 101 y 102 TFUE, con las disfunciones que después veremos.

C. VALORACIÓN

Puede ser criticable el hecho mismo de que la sentencia llega a unas conclusiones que no se pidieron por la parte incurriendo en cierta incongruencia *extra petita*. «La actora no plantea la cuestión en los términos en que va a ser analizada, lo cierto es que expresamente alega falta de proporcionalidad en la sanción impuesta, lo que implica necesariamente un juicio previo tanto de la mecánica en la graduación del porcentaje a aplicar, como la el volumen de negocio sobre la que ha de aplicarse». Por ello, la SAN llega primero a la conclusión de que la sanción debe ser modulada (rebajada), para después buscar la fórmula para ello. Y lo cierto es que una cosa es la atipicidad de una conducta colusoria (cártel cuasi-administrativo para la fijación de los precios agrícolas) y otra muy distinta es la anulación de un método de cálculo, que puede arrojar multas cuantiosas, pero que es legítimo. Lisa y llanamente, la AN decide primero que la multa debe ser rebajada y después busca el sistema para llegar a ese resultado. Y es que como se desprende de la doctrina del TGUE, la proporcionalidad que se discute no es la interna de las multas sino la relativa en comparación con varios participantes en un cártel, donde puede resultar paradójico que una empresa que haya participado en menor intensidad de una conducta restrictiva acabe pagando más al presentar una mayor capacidad económica (proporcionalidad vertical *versus* proporcionalidad horizontal)²⁴.

Esta conclusión es coherente, sin embargo, con la propia finalidad del límite externo fijado por la Ley. De lo que se trata es que, ante una misma conducta, pague quien más capacidad económica tiene para ello (y no solo quien mayor daño haya producido). La modulación subjetiva de la sanción o la individualización de la sanción según la capacidad económica del infractor lleva inevitablemente a situaciones de desigualdad puesto que en paridad de gravedad de una infracción, pagará más quien mayor capacidad tenga. O incluso en disparidad de gravedad puede llegar a pagar más quien realiza una conducta menos grave pero conforma una gran entidad económica. Esta desigualdad (desproporción a juicio de la AN) es perfectamente querida y no es tal si tenemos en cuenta que el principio de igualdad es exigible para situaciones iguales. Y siempre que se module la sanción con la capacidad del sujeto resultarán posiciones finales desiguales (desproporcionadas).

²⁴ Este es el razonamiento de la sentencia, que no compartimos, pero que no incurre en «carecer de la mínima motivación que han de cumplir las resoluciones judiciales» en palabras de los críticos más vehementes con la sentencia. Es más, tanto el Consejo de Estado como el Consejo General del Poder Judicial, a propósito de la aprobación de la Ley 15/2007, ya advertían sobre este peligro: «El sistema da lugar a una excesiva heterogeneidad en la cuantía de la multa en función del volumen de negocios de cada empresa en un determinado ejercicio, lo que a su vez determina que una misma conducta puede ser objeto de sanciones de cuantía muy diversa».

De este modo la sentencia de la Audiencia, incluye en su FJ 9.º un pronunciamiento sobre el modo de estimar el «volumen de negocio total» ajeno a la literalidad del art. 63 LDC como tope objetivo al importe de la sanción²⁵. Efectivamente, la AN se plantea, un —a nuestro juicio inexistente— problema de interpretación en el concepto «...volumen de ventas...» o «...volumen de negocios total...». En los casos de empresa multiproducto donde la empresa infractora puede realizar actividades económicas variadas, o, lo que es lo mismo, operar en distintos sectores económicos, se haría necesario determinar si el volumen de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción. Esta operación que tiene su lógica en la aplicación del art. 64 LDC, no está prevista en el art. 63 LDC. Nótese como la regulación del primero (cálculo de la sanción se determina en base al «mercado afectado por la infracción», mientras que en el segundo (*fine capping ceiling* o techo máximo), la dicción literal es «el volumen de negocios total de la empresa infractora». Los parámetros son distintos respondiendo a la distinta orientación teleológica de los preceptos: mientras que el art. 63 mide la capacidad económica de la empresa a los efectos de establecer un máximo sancionador, el art. 64 mide la gravedad de la afectación a la competencia de la conducta ilegal.

A pesar de ello, surge la duda al juzgador en cuanto a que cabría entender que volumen de negocios total, viene referido a la total actividad económica de la empresa infractora en todas sus ramas de actividad, o el volumen de negocios total en la rama de actividad en la que se ha producido la infracción, estableciendo una matización que no ha hecho el legislador.

Todo ello lleva a concluir a la AN que el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar el tope cuantitativo de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción. Esta es una diferencia enormemente sustancial respecto a la praxis existente y sobre la que volveremos más adelante. A nadie se le escapa que la aplicación de un porcentaje del 10 por 100 al volumen global de una empresa no es lo mismo que la aplicación del mismo porcentaje al volumen del segmento de mercado donde se ha practicado la conducta anticompetitiva. En las empresas multiproducto la diferencia puede llegar a ser abismal y con ella la efectividad disuasoria de las sanciones impuestas²⁶.

²⁵ Razona la SAN que «los conceptos que contiene el precepto (art. 63 LDC) admiten, desde el punto de vista jurídico, diversas acepciones y delimitaciones; por tal razón hemos acudido al espíritu y finalidad de la norma para la delimitación del concepto que encierra y que es, precisamente la base sobre la que debe aplicarse la sanción».

²⁶ La serie de SSAN de 2013 ha sido objeto de duras críticas por parte de C. LILLO ÁLVAREZ, «La Audiencia Nacional antes las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 15, 2014; y V. SOPEÑA BLANCO y H. OTERO OTERO, «La reciente doctrina de la Audiencia Nacional en torno al cálculo de las multas por infracciones de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia: ¿hacia el fin de una política de competencia eficaz?», *Anuario de la Competencia 2013*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons, 2014. Los autores mencionados no fijan la posición institucional de la autoridad española de competencia (CNC-CNMC) pero todos ellos son altos o ex altos funcionarios de la misma.

A poco que se repare en ello, resulta que el razonamiento de la sentencia es cuanto menos contradictorio: si resulta que el volumen total de negocio debe interpretarse no como la capacidad económica de la empresa sino como el volumen total de negocio en el mercado afectado por la práctica cartelizadora —integrando por ello la disposición del art. 63 dentro del art. 64— decaería luego la razón para considerar que no se cumple el principio de taxatividad. Dicho en otras palabras, se achaca al art. 64 una vulneración del principio de taxatividad puesto que la Ley no prevé los porcentajes máximos sobre el volumen de ventas (cosa que se traslada a la Comunicación CNMC), pero al mismo tiempo se reconoce que el art. 64 debe moverse dentro de la horquilla prevista en el art. 63, que funcionaría de este modo no como un límite externo sino interno en el cálculo de la multa. No parece acertado sostener las dos tachas a la vez: o se considera la falta de taxatividad o se considera que la interpretación sobre el volumen total de ventas del mercado afectado elimina el óbice sobre la taxatividad al integrar el cálculo interno en la cuantificación de la sanción (a pesar de deber acudir a una interpretación muy forzada de la dicción literal del art. 63). En otras palabras, si se toma la definición que propone la AN el cálculo de la sanción cumpliría el principio de taxatividad pues establecería una horquilla en el proceso de fijación de la cuantía de la multa (definición de un arco sancionador y no solo de un límite máximo).

Esta contradicción se pone de manifiesto igualmente por LILLO: «Esta interpretación del volumen total como el volumen de negocios de la empresa en todas sus actividades se sustenta también en un análisis sistemático de la Ley. En efecto, de un análisis de los arts. 63 y 64 de la Ley se infiere que la Ley ha distinguido entre el concepto de mercado afectado —que es configurado como un criterio para graduar el importe de la multa— del concepto de volumen total de negocios, que por el contrario ha sido configurado como el límite máximo que pueden alcanzar las multas —calculadas en función de los criterios del art. 64—. Una interpretación contraria no sería respetuosa con la diferenciación hecha por el legislador entre criterios para el cálculo del importe de la multa y el límite máximo que esta puede alcanzar, pero es que, además, supondría la inaplicación de algunos de los criterios recogidos en el art. 64. En este sentido, la interpretación de la AN, al asociar el límite del 10 por 100 con el volumen de ventas en el negocio afectado, puede suponer que los criterios previstos en el art. 64, referidos al beneficio ilícito y a la duración de la infracción no sean tenidos en cuenta en la práctica para fijar el importe de la multa. Piénsese, por ejemplo, en una empresa que ha participado durante muchos años en un cártel y que ha obtenido un elevado beneficio —ilícito— por ello. Sin embargo, como el límite del 10 por 100 está referido al volumen de negocios en el mercado afectado en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa, y este puede ser muy inferior al beneficio ilícito obtenido durante los años en los que se cometió la infracción, en la práctica supondría que ambos criterios no serían correctamente valorados para el cálculo del importe de la multa. Por tanto, la interpretación de la AN supone dejar sin aplicación efectiva algunos de los criterios del art. 64 previstos expre-

samente por el legislador, lo que es contrario a cualquier interpretación sistemática de la Ley»²⁷.

Por ende, al realizar la AN una interpretación conjunta de los arts. 63 y 64 se ve obligada a forzar el significado gramatical del art. 63 LDC. Se pueden mantener dos conceptos distintos respecto al volumen total de ventas (de toda la empresa o solo de la actividad ilegal) si se interpretan separadamente los dos artículos. En uno (art. 63) se determinaría un límite máximo insuperable según la capacidad económica del infractor, mientras que en el otro (art. 64) se establecería un sistema de cálculo del importe de la sanción según la gravedad de los hechos. Al interpretarlos conjuntamente e integrar la disposición del art. 63 dentro del art. 64, la AN se ve obligada a homogeneizar dos criterios que estaban pensados por el legislador para cosas distintas.

En definitiva, la AN efectúa una doble corrección interpretativa: de una parte integra el límite máximo del art. 63 en la construcción de la graduación que se hace en el art. 64. Ya no se trata de conceptos diferentes sino de garantizar la taxatividad mediante la existencia de una horquilla predeterminada normativamente donde aplicar la graduación. Y de otra, considera que los topes máximos de la horquilla deben referir al volumen de ventas afectadas por la infracción y no al volumen de ventas global de la empresa (lo que indicaría la gravedad de la conducta y no la capacidad económica del sujeto). A nadie se le escapa que el hecho de interpretar el techo máximo de la sanción como interno o externo a la gradación del cálculo de la multa no es excesivamente relevante. Al final, ninguna multa podrá superar el 10 por 100 del VNT de la empresa infractora en cualquiera de los casos. Lo que sí es verdaderamente trascendente y con un gran impacto práctico es modificar el límite de imposición del VNT de la empresa al volumen total del mercado afectado (VVMA). Desaparece con ello el techo máximo relacionado a la capacidad económica de la empresa infractora y se reducen considerablemente las cuantías de potenciales sanciones.

En definitiva, la serie de sentencias de la AN que conforman esta nueva doctrina consideran que la CNMC no tiene la misma naturaleza ni los mismos poderes que la Comisión europea (ello es cierto); que la determinación de criterios de graduación de la sanción no puede deferirse al desarrollo administrativo en una simple comunicación interpretativa (se confunden los conceptos de tipificación con los de motivación de la graduación); que debe procederse a una lectura integrada de los arts. 63 y 64 para garantizar la taxatividad del Derecho sancionador (pero de ello se extrae una consecuencia errónea) y finalmente que el tope máximo de las sanciones que puedan imponerse en infracciones a la LDC no debe calcularse sobre la capacidad económica del sujeto infractor sino sobre el volumen de ventas del mercado afectado por la práctica anticompetitiva. El enorme calado de

²⁷ C. LILLO ÁLVAREZ, «La Audiencia Nacional antes las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 15, 2014, p. 4.

estas consideraciones explica perfectamente el revuelo organizado entre los operadores jurídicos²⁸.

5. VUELTA AL PASADO. LA STS DE 29 DE ENERO DE 2015

A. EL CASO *BCN ADUANAS Y TRANSPORTES (TRANSITARIOS 2)*

Mediante Acuerdo de 19 de mayo de 2010 el Consejo de la CNC acordó interesar la incoación de procedimiento administrativo sancionador contra las empresas BCN y Bofill Arnán, S. A. (B&A), aun reconociendo la evidente relación entre el accionariado y miembros de los órganos de dirección de ambas empresas. El Consejo consideró que se trataba de dos personas jurídicas distintas cuya responsabilidad administrativa en las conductas presuntamente infractoras debía dilucidarse en el marco de un procedimiento en el que pudieran ejercitar, en toda su extensión y con observancia de todas las garantías legalmente reconocidas, el derecho de defensa que les asiste. Por ello el 25 de mayo de 2010 la Dirección de Investigación incoó el expediente sancionador S/0269/10 *Transitarios 2*, contra BCN y B&A.

La resolución constata que ambas empresas comparten accionariado, sede, composición de sus órganos de administración y director general, mencionándose la página web oficial que comparten y en la que se indica expresamente que BCN forma parte del grupo Bofill & Arnán, así como que B&A y BCN comparten los mismos departamentos de Aduanas y Logística con independencia del tipo de negocio desarrollado: aéreo, marítimo o terrestre. En la Resolución se indica que el objeto del procedimiento es determinar si B&A y BCN han tomado parte en las conductas colusorias desarrolladas entre los años 2000 y 2008 por una serie de empresas que realizan actividades del negocio transitario terrestre y que fueron sancionadas por el Consejo de la CNC en su Resolución de 31 de julio de 2010 (S/0120/08).

Para el Consejo de la CNC no existe inconsistencia entre lo manifestado por la DI y el Consejo de la CNC en su Acuerdo de 19 de mayo de 2010 ya que este se limita a señalar que, a pesar de que es evidente la relación entre el accionariado y miembros de los órganos de dirección de BCN y B&A, son dos personas jurídicas distintas cuya respectiva responsabilidad administrativa en las conductas analizadas, caso de existir, debe dilucidarse atendiendo a la intervención que cada una de ellas ha tenido en los hechos imputados. Es cierto que la doctrina nacional y comunitaria señala que ante una relación accionarial de claro control entre dos empresas, la unidad de acción y, por tanto, la responsabilidad de la matriz respecto de la conducta de la filial puede presumirse, salvo prueba en contrario. Pero

²⁸ Revuelo que afecta no solo a abogados y asesores de empresas sino a los propios magistrados que enjuician estos asuntos. Véanse los votos particulares de la magistrada Lucía Acín Aguado a la SAN de 24 de junio de 2013; Eugenio López Candela a la SAN de 12 de marzo de 2014 o, Santiago Soldevila Fragozo a la SAN de 14 de marzo de 2014.

también entiende la doctrina que, incluso cuando una empresa del grupo no controla accionarialmente a otra, también puede existir unidad económica o de acción entre empresas que presenten cierta relación accionarial, caso que puede ser el de las denominadas «compañías hermanas». Esto es, «las que tienen el mismo accionariado sin que una tenga control aparente sobre la otra», en los que «puede existir unidad de acción económica, ya sea por control *de facto* o estrecha coordinación, que haga que deban ser considerados como grupo al menos a los efectos del Derecho de la competencia». Se traslada por el Consejo de la CNC a su Resolución el punto 66 de la Sentencia del TPI de 20 de marzo de 2002, asunto T-9/99 *HFB y otros contra la Comisión*.

Sin embargo, continúa el Consejo de la CNC su argumentación, en ausencia del control accionarial jerarquizado, la unidad económica no puede presumirse a efectos de atribución de las responsabilidades que correspondan. De ahí que la doctrina jurisprudencial del TJUE sostenga que para que pueda imputarse a las compañías hermanas con el mismo grado de responsabilidad no basta con que estén participadas por las mismas personas (Sentencia del TJUE de 2 de octubre de 2002, asunto C-196/99 P *Aristrain/Comisión*), sino que tienen que darse elementos adicionales que la prueben y que dichos elementos dependerán de las circunstancias del caso. Así el Consejo de la CNC indica que la jurisprudencia ha tenido en cuenta reiteradamente como tal elemento «el desempeño por una misma persona física de las funciones de dirección, el que esta persona represente a las empresas hermanas en las reuniones del cártel y que el cártel considere como un mismo participante a ambas empresas (véase entre otras Sentencia del TJUE de 28 de junio de 2005, asuntos acumulados C-198/02 P, C-202/02; C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P *Dansk Rørindustri/Comisión*)». Este es el caso de B&A y BCN cuyo director general es común para ambas empresas, y participó en las conductas en nombre de las dos.

De ahí que, una vez acreditada una infracción del art. 1 de la LDC y art. 101 del TFUE de la que son responsables solidarias BCN y B&A consistente en la fijación, de forma directa o indirecta, de precios o de otras condiciones comerciales o de servicio el Consejo de la CNC les impone solidariamente el pago de una multa por un importe de 1.184.000 euros (Resolución CNC Expte. S/0296/10, *Transitarios 2*) de 1 de diciembre de 2011).

B. LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LA SANCIÓN

La Resolución CNC que hemos presentado fue recurrida ante la AN en el recurso contencioso-administrativo núm. 29/2012. La sentencia de instancia (SAN de 24 de junio de 2013) acordó declarar acreditada la existencia de una conducta anticompetitiva pero estimó parcialmente el recurso al considerar nula la cuantificación de la sanción en términos parecidos a la nueva doctrina que hemos visto adopta la Audiencia Nacional. Por razón de la cuantía, la SAN es susceptible de recurso de casación ante el TS quien

acaba conociendo del asunto y dicta su STS de 29 de enero de 2015²⁹. La interposición de la casación se realiza por la Abogacía del Estado mientras que la mercantil se opone.

Al igual que la AN, el TS considera probado que durante un periodo prolongado de tiempo (años 2000 a 2008) un significativo grupo de empresas transitarias, operadores relevantes en el sector de los transportes terrestres internacionales de mercancías, habían coordinado sus estrategias comerciales en diferentes aspectos y, en particular, en cuanto a la repercusión de costes y fijación o actualización de tarifas. Por ello, la controversia en casación no se extiende ni a los hechos ni a la calificación jurídica de la conducta [tipificada en la letra *a*) del apartado primero del art. 1 de la Ley 15/2007 y en el art. 101 del TFUE] sino exclusivamente a las consideraciones —y a sus consecuencias, traducidas en un fallo parcialmente estimatorio de la demanda— que se vierten en el fundamento jurídico sexto de la sentencia relativo a «la mecánica en la fijación de la multa impuesta». Al respecto, analizamos los varios planos de análisis del pronunciamiento judicial:

a) *La naturaleza del tope máximo del art. 63 LDC (FJ 5.º)*

«La interpretación del art. 63.1 de la Ley 15/2007 según los criterios hermenéuticos usuales en Derecho conduce a esta Sala a concluir que los porcentajes fijados como límites superiores de las posibles multas (esto es, el 1, 5 o 10 por 100 del “volumen de negocios total de la empresa infractora”, según se trate de infracciones leves, graves o muy graves respectivamente) constituyen, en cada caso, el techo de la sanción pecuniaria dentro de una escala que, comenzando en el valor mínimo, culmina en el correlativo porcentaje. La preposición “hasta” —que se repite por tres veces, una para cada porcentaje, en el art. 63.1 de la Ley 15/2007— denota el término o límite máximo del volumen de ventas utilizable a efectos del cálculo de la sanción».

Esta es una interpretación que seguramente no plantearía problemas desde la perspectiva del Derecho nacional si no fuese por la incidencia de un elemento externo —el art. 23, apdo. 2, párrafos 2.º y 3.º, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas comunitarias de competencia— al que más tarde haremos referencia. Responde a lo que es usual en las normas sancionadoras administrativas, en las que el legislador fija un intervalo (un espacio entre dos valores, uno máximo y otro mínimo) de las sanciones pecuniarias posibles, bien haciéndolo en términos fijos (multa de 1 euro hasta x euros) bien en términos porcentuales (multa del correspondiente tanto por ciento, desde 0 hasta x , de una determinada magnitud, sea esta el volumen de negocios de la empresa, la cantidad tributaria defraudada, el contenido económico de la operación de blanqueo de capitales detectada, u otras similares).

²⁹ Sección 3.ª, Ponente magistrado Campos Sánchez-Bordona.

Desde esta perspectiva cada uno de los porcentajes máximos establecido por el art. 63.1 de la Ley 15/2007, en función de la calificación de la conducta como infracción leve, grave o muy grave, tiene la misma naturaleza, lo que revela «[...] la debilidad del argumento que emplea el abogado del Estado cuando sostiene que uno de ellos (el 10 por 100) no ha de ser tomado en consideración para el cálculo de las sanciones sino como factor de moderación *a posteriori*, esto es, una vez calculadas estas. Para el abogado del Estado aquel porcentaje operaría únicamente como límite extrínseco, como “un umbral máximo que, cualquiera que sea el proceso de cálculo empleado, la sanción finalmente impuesta no podrá superar”. La finalidad de este límite del 10 por 100 sería, a su juicio, la de evitar que “la imposición de la multa convierta en inviable el negocio o la actividad de la empresa, lo que haría perder su finalidad al ejercicio de la potestad sancionadora en dicho ámbito, por cuanto la desaparición de una empresa en cierto sector en nada ayuda a la competencia en el mismo”».

Si partimos, como premisa, de que los porcentajes empleados por la legislación española para las infracciones leves y graves (el 1 y el 5 por 100) tienen, en la configuración normativa del art. 63.1 de la Ley 15/2007, el mismo significado y carácter que el 10 por 100 para las infracciones muy graves, la tesis de la defensa no resulta aceptable.

A juicio de la STS, «el método de cálculo de las sanciones implica, en una buena parte de los casos, establecer un sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente —solo a modo de correctivo— el porcentaje del 10 por 100 del volumen de negocios. Pues bien, este método de cálculo podrá ser aceptable en aplicación del art. 23 del Reglamento 1/2003 para las sanciones que impone la Comisión Europea (a ello nos referiremos acto seguido) pero no se aviene con la norma legal española. El art. 63 de la Ley 15/2007 marca los límites para la imposición de las sanciones en cada una de las tres categorías de infracciones no en cuanto “umbral de nivelación”³⁰ sino en cuanto cifras máximas de una escala de sanciones pecuniarias en el seno de la cual ha de individualizarse la multa. Se trata de cifras porcentuales que marcan el máximo del rigor sancionador para la sanción correspondiente a la conducta infractora que, dentro de la respectiva categoría, tenga la mayor densidad antijurídica. Cada uno de esos tres porcentajes, precisamente por su cualidad de tope o techo de la respuesta sancionadora aplicable a la infracción más reprochable de las posibles den-

³⁰ Sobre la cuestión del «umbral de nivelación» como límite externo, resulta interesante acudir a las varias versiones en lenguas oficiales de la STGUE de 12 de diciembre de 2012 (asunto T-592/09, *Novácke Chemické*), para dilucidar algo más el término conceptual. En la versión inglesa, original del caso, se utiliza el término «*capping ceiling*», muy parecido al alemán «*Kappungsgrenze*» traducible por techo límite o límite máximo. En cambio en la versión francesa, aparece como «*seuil d'écrêtement*» que también significa suelo o umbral. De ahí que otras versiones recojan un concepto algo deformado del término original: «*soglia di contenimento*» en italiano, o «*limite de nivelamento*» (portugués) o «umbral de nivelación» (español). El concepto original de «*capping ceiling*» se distorsiona en el paso a otras lenguas oficiales y como efectivamente detecta el TS, «umbral» es la parte inferior de una puerta o valor mínimo de una magnitud a partir del cual se produce un efecto determinado, significado antónimo del original.

tro de su categoría, han de servir de referencia para, a partir de ellos y hacia abajo, calcular la multa que ha de imponerse al resto de infracciones».

Y prosigue la sentencia con una comparación global del *ius puniendi* de los poderes públicos en la materia. «Las conductas más próximas a las restrictivas de la competencia que el legislador considera de mayor reprochabilidad son, como resulta lógico, las que él mismo incluye y tipifica en el Código Penal, cuyo art. 284.1 sanciona a quienes “empleando violencia, amenaza o engaño, intentaren alterar los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, títulos valores o instrumentos financieros, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación”. Pues bien, de conformidad con el art. 288 del Código Penal, cuando una persona jurídica sea responsable del delito tipificado en el art. 284 le corresponderá una “multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad” o una “multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos”. El sistema de multas-periodo de tiempo, a su vez, para el caso de las que se pueden imponer a las personas jurídicas tiene como base una cuota diaria con un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros.

Si traemos a colación estas referencias es por corroborar que en el Derecho sancionador español incluso las sanciones pecuniarias que corresponden a las conductas contrarias a la libre concurrencia más graves (las delictivas) tienen previstas en la Ley una escala o intervalo de valores mínimos y máximos dentro del cual se ha de individualizar la respuesta punitiva. Es cierto que en el caso de las personas jurídicas las penas por estos delitos no se limitan a las pecuniarias, pero lo relevante a los efectos que aquí importan es la necesaria —y constante— predeterminación legal de las cifras mínimas y máximas, fijas o porcentuales, dentro de las cuales han de imponerse las multas».

En definitiva, considera el TS, al igual que lo hacía la AN que entender el tope máximo del art. 63 LDC como límite externo (y no como interno o integrado en el art. 64 LDC), no es acorde con el ordenamiento español.

b) *El principio constitucional de taxatividad (FJ 7.º)*

Así las cosas, es decir, descartado el tope sancionador máximo del art. 63 LDC como un límite externo a la cuantificación de la sanción y un elemento solo de modulación del mismo en vista a la subsistencia de la empresa, debe de analizarse ahora si la cuantificación de la sanción propiamente dicha (art. 64 LDC) se ajusta o no a las exigencias constitucionales.

Según la sentencia «las garantías constitucionales (art. 25.1) respecto de la predeterminación de las sanciones administrativas en términos taxativos harían muy difícilmente compatible con ellas un sistema a tenor del cual las sanciones pecuniarias pudieran ser fijadas sin haberse previamente establecido por Ley, y a tales efectos, un intervalo o escala que comprenda la multa máxima. Un sistema que no fijase aquella escala y solo contuviese

una previsión para después atemperar el resultado del cálculo a un límite externo reductor se enfrentaría a serios problemas de compatibilidad con aquellas garantías constitucionales.

En fin, aun cuando se admitiera una cierta colaboración reglamentaria (art. 129.3 de la Ley 30/1992) para “introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de [...] sanciones establecidas legalmente”, que contribuyan “a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes”, los reglamentos no podrían en ningún caso alterar la naturaleza o límites de las sanciones que la Ley contempla. Y de modo específico en el caso de las sanciones en materia de defensa de la competencia el Reglamento aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, simplemente no contiene preceptos aplicables a ellas, sin que tampoco se hayan atribuido a la Comisión Nacional de Competencia potestades reglamentarias en la materia, careciendo de esta naturaleza y de carácter vinculante *ad extra* sus comunicaciones.

En la versión originaria del art. 10 de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (derogada por la hoy vigente) se establecían “multas de hasta 150.000.000 de pesetas, cuantía que podrá ser incrementada hasta el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediato anterior a la resolución del Tribunal”. Se fijaba de este modo un límite máximo de la escala o intervalo sancionador, dentro del cual el importe de las sanciones pecuniarias debía ser concretado atendiendo a la importancia de la infracción según los factores precisados en el apartado 2 del precepto.

Dado que los criterios de graduación venían referidos en la Ley 16/1989 a una escala que tenía como límite superior aquella cantidad y porcentaje, esta Sala del Tribunal Supremo pudo rechazar el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad que se nos había solicitado respecto del art. 10 de la Ley 16/1989 y sentar la doctrina que figura en las sentencias de 8 de marzo de 2002 (recurso de casación núms. 7512/1995 y 8088/1997), 6 de marzo de 2003 (recurso de casación núm. 9710/1997) y ulteriores, doctrina, por cierto, corroborada por la Sentencia constitucional 175/2012, de 15 de octubre, recaída en el recurso de amparo interpuesto frente a una de aquellas (la de 3 de febrero de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 3073/2006)³¹. No es correcto aducir las referidas sentencias

³¹ Merece la pena la transcripción del FJ 3.º de la STS de 6 de marzo de 2003 que analiza esta cuestión: «El planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad sobre dicho precepto legal, en los dos apartados antes transcritos, por considerar que ninguno de ellos vulnera el art. 25.1 CE. Es cierto que las multas previstas en la Ley 16/1989 lo han sido, como en otra ocasión hemos afirmado (Sentencia de 8 de marzo de 2002, recaída en el recurso de casación 8088 de 1997), dentro de márgenes muy amplios, pero no absolutamente indeterminados, con referencia a variables o criterios sin duda generales y de no fácil y exacta verificación. De modo que no es siempre posible cuantificar, en cada caso, aquellas sanciones pecuniarias a base de meros cálculos matemáticos y resulta, por el contrario, inevitable otorgar al TDC un cierto margen de apreciación para fijar el importe de las multas sin vinculaciones aritméticas a parámetros de “dosimetría sancionadora” rigurosamente exigibles. Si ello es así en el ejercicio general de las potestades administrativas cuando la Ley lo consiente, tanto más lo será respecto de la potestad sancionadora en el ámbito de la defensa de la competencia, pues resulta inherente a toda decisión sancionadora de este género, además de la finalidad estrictamente represiva, la de defender los intereses públicos “concretados en el funcionamiento concurrencial del

como si de ellas se pudiese validar la tesis favorable al carácter de “umbral de nivelación” del porcentaje del 10 por 100».

En definitiva —y aquí radica el nudo jurídico más importante del asunto— tanto la AN como el TS concuerdan que la imprecisión de la LDC en la cuantificación de las sanciones por infracciones a la libre competencia no es compatible con el estándar de garantía constitucional de certeza y previsibilidad del art. 25.1 CE.

c) *La posición del Derecho europeo (FJ 6.º)*

A cualquier lector que haya llegado hasta este punto le sorprenderá el resultado dispar que produce la jurisprudencia española respecto a la europea. Así, mientras que para el Derecho europeo es perfectamente normal la delegación en una Comunicación administrativa de los criterios de cálculo y la integración de los topes máximos porcentuales en la configuración del tipo sancionador, para el Derecho español, ello no es así. El estándar de protección del derecho fundamental a la tipicidad sancionadora no es igual ni entre todos los países UE ni entre la misma UE y los Estados miembros. Es cada una de las jurisdicciones nacionales la que tiene libertad para fijar su nivel de protección y esta no es una cuestión para el Derecho europeo³².

Ello será especialmente relevante en vista a la necesidad de armonizar la aplicación de las normas nacionales de defensa de la competencia con las de la Unión Europea, cuando las conductas infractoras lo son simultáneamente de aquellas y de los arts. 101 y 102 del TFUE. De otro modo, existirán dos aplicaciones distintas del marco sancionador según su fundamento legal.

mercado, su transparencia y la defensa de los consumidores” incorporando a los instrumentos represivos elementos disuasorios de conductas futuras. Ha de tenerse en cuenta, además, como criterio rector para este tipo de valoraciones sobre la adecuación de las sanciones a la gravedad de los hechos, que la comisión de las infracciones anticoncurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el art. 10 de la Ley 16/1989, puede entenderse implícito en las letras *a*, *c*) y *d*) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el 10 por 100 del volumen de ventas de la empresa infractora (art. 10, apdo. 1). En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del “principio de proporcionalidad” en el art. 131.2 de la Ley 30/1992. A partir de estas consideraciones, estimamos que los apartados 1 y 2 del art. 10 no son susceptibles del reproche de inconstitucionalidad que la parte recurrente pretende. Pues la inevitable utilización de elementos de valoración referenciados a factores económicos de diversa naturaleza (cuotas de mercado, dimensiones de este, efectos sobre los consumidores y otros similares) no convierte en absolutamente indeterminados los criterios para fijar la “importancia” de la infracción en cada caso. Se trata de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en la medida en que las empresas afectadas pueden, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija el propio art. 10, en términos absolutos o relativos. Como es lógico, todo ello exige una ulterior labor de motivación y fundamentación, por parte del TDC que dé razón suficiente de la cuantía de la multa en cada caso».

³² Excepto, claro está, que el mayor estándar nacional impida la aplicación del Derecho de la Unión. Véase STJUE de 26 de febrero de 2013, C-399/11, asunto *Melloni*.

A juicio de la sentencia, «la premisa de la que parte el abogado del Estado (que refleja, obviamente, la tesis de la Comisión Nacional de Competencia sobre la materia) no es, sin embargo, correcta y lleva razón la tesis mayoritaria de la Sala de instancia también en este punto. Basta para ello recordar que la propia Comisión Europea admite cómo la legislación de la Unión Europea en esta materia no ha impuesto un modelo uniforme en el diseño de los regímenes nacionales de aplicación de las normas de competencia. Los Estados miembros han de confiar a sus respectivas autoridades de defensa de la competencia la aplicación efectiva de los arts. 101 y 102 del TFUE, pero el Reglamento 1/2003 les otorga (a los Estados) libertad para determinar sus propias sanciones en la aplicación en su territorio de las normas de competencia de la Unión. Como es obvio, dentro de cada Estado el establecimiento y el diseño normativo de estas sanciones nacionales corresponderá, conforme a sus disposiciones constitucionales, al órgano que ostente la competencia legislativa en sentido amplio (propia o delegada), órgano que en nuestro caso no es precisamente la Comisión Nacional de Competencia (actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

Siendo cierto, repetimos, que los Estados miembros han de garantizar la ejecución de los arts. 101 y 102 del TFUE bajo los principios generales de efectividad y equivalencia (lo que implica aplicar las mismas normas sustantivas para calificar las conductas que tengan la dimensión y características a las que se refieren ambos), también lo es que ni el Reglamento 1/2003 ni el resto de la legislación de la UE regula o armoniza las cuestiones que atañen a los procedimientos y a las propias sanciones. En otras palabras, la Comisión Europea y las autoridades nacionales de competencia, aun cuando apliquen las mismas normas sustantivas, lo hacen con procedimientos y sanciones que —hasta este momento— no son objeto de una regulación armonizada.

Estas afirmaciones responden, por lo demás, a la interpretación consolidada del art. 5 del Reglamento 1/2003 que ha hecho suya en reiteradas ocasiones la propia Comisión Europea. Por no citar sino uno de los últimos documentos emanados de esta institución, puede leerse en su Comunicación de 2014 al Parlamento Europeo y al Consejo sobre «Diez años de aplicación de la normativa antimonopolio del Reglamento (CE) núm. 1/2003: logros y perspectivas futuras»³³ cómo, en palabras de la propia Comisión, «[...] la legislación de la UE no regula ni armoniza las sanciones por incumplimiento de las normas antimonopolio de la UE», afirmación categórica seguida del recordatorio a los Estados miembros para que «velen por que se disponga de sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias».

Tampoco está vinculado el legislador nacional —y, en esa misma medida, el intérprete de las normas internas— por los «métodos de cálculo» diseñados en las «Directrices de la Comisión Europea para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Re-

³³ COM/2014/0453 final. Hecho en Bruselas el 9 de julio de 2014.

glamento (CE) núm. 1/2003» respecto de las cuales (más propiamente, de sus antecesoras de 1998) ha afirmado el Tribunal de Justicia que «[...] no constituyen ni una legislación, ni una legislación delegada en el sentido del art. 290 TFUE, apartado 1, ni la base legal de las multas impuestas en materia de competencia, que se adoptan tomando como único fundamento el art. 23 del Reglamento núm. 1/2003» (apdo. 66 de la STJUE de 18 de julio de 2013, asunto *Schindler Holding C-501/11*)³⁴.

Otra cosa es que el legislador nacional, dentro de su legítimo margen de configuración normativa, hubiera decidido adoptar, de modo expreso y reconocido, las mismas pautas de fijación de las sanciones nacionales que figuran, en términos muy elementales, en el art. 23 del Reglamento 1/2003 (sin perjuicio de los problemas de constitucionalidad que ello pudiera suponer, a los que inmediatamente nos referiremos). Pese a que en la exposición de motivos de la Ley 15/2007, y con referencia a su Título V, existe una alusión a las «tendencias actuales en el ámbito europeo», lo cierto es que la dicción del art. 63 de la Ley 15/2007 diverge sensiblemente del art. 23 del Reglamento 1/2003, hasta el punto de que se implanta en aquel la tipología diferenciada de las diversas infracciones (muy graves, graves o leves) y se asigna a cada una de ellas los intervalos correspondientes en términos de porcentajes del volumen de ventas total de los infractores.

La técnica nacional de determinación de multas aparejadas a cada tipo de infracción se aparta, pues, del sistema unitario con que trata las infracciones el art. 23 del Reglamento 1/2003, precepto que no distingue entre ellas e introduce un solo elemento o factor cuantitativo (el porcentaje del 10 por 100) indistintamente aplicable a todas con la ya dicha función de salvaguarda final ante efectos punitivos en exceso gravosos. Precisamente porque aquel porcentaje es conceptuado desde la perspectiva del Reglamento 1/2003 como «umbral de nivelación» ulterior para modular la incidencia negativa de las multas, una vez calculadas, sobre la economía de las empresas infractoras y evitar su desaparición, no resulta aplicable al sistema diseñado por la Ley 15/2007.

d) *Reinterpretación del concepto «volumen de negocios total» y la función disuasoria de las sanciones a las conductas anticompetenciales (FFJJ 8.º y 9.º)*

La sentencia avanza a continuación con el análisis de la expresión «volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa», base sobre la que aplicar los porcentajes de «*fine capping ceiling*» del art. 63 LDC. La Sala de instancia se planteaba, como hemos visto de manera algo forzada, lo que para ella suponía un problema interpretativo consistente en «determinar si el volu-

³⁴ Hemos tratado el tema más detalladamente en C. PADROS REIG, «Los poderes normativos de las autoridades de defensa de la competencia», en J. M.ª BENEYTO y J. MAILLO (dirs.), *La lucha contra los cárteles en España*, Thomson Reuters-Aranzadi, ISBN 978-84-9059-593-4, 2015.

men de negocios lo es en todas las actividades económicas, tengan o no relación con la infracción, que realice la empresa infractora» (según el tenor literal de la disposición) o si por el contrario, había que aplicar también los principios de proporcionalidad, finalidad represiva de la norma y «ámbito de vulneración» que se utilizan para la operación e cálculo de importe básico. De manera algo sorprendente, la SAN concluía que «[...] el volumen de negocios total sobre el que ha de aplicarse el porcentaje para determinar la cuantía de la multa, ha de venir referido al ámbito de actividad económica de la empresa, en el que se ha producido la infracción, esto es, al ámbito del mercado directa o indirectamente afectado por la infracción». Esta era, pues, una limitación de enorme trascendencia y efecto práctico.

Según el TS: «Aun reconociendo que la tesis mayoritaria de la Sala de instancia tiene una base argumental no desdeñable, nuestra interpretación del art. 63.1 de la Ley 15/2007 está más en la línea del voto discrepante, que hace suya el abogado del Estado como base de esta segunda parte del recurso de casación. Ello determinará su estimación, limitada a este punto, y la subsiguiente revocación de la sentencia con ese mismo alcance [...].

El volumen o cifra de negocios (o de facturación, o de ventas) es un dato o indicador contable que revela, repetimos, la capacidad y situación económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, permite calcular *a priori* la máxima incidencia concreta que una sanción pecuniaria puede suponer para él.

Partiendo de la premisa que acabamos de enunciar, compete al legislador decidir si el “volumen de negocios” sobre el que debe aplicarse el porcentaje máximo de la escala sancionadora es, en el caso de las empresas con actividad en varios mercados, bien el global o “total”, bien el parcial correspondiente a uno o varios de sus ámbitos de actividad económica. De hecho, en algún precedente significativo el propio legislador cambió la norma sectorial sancionadora para pasar, intencionadamente, de uno a otro [nuevo art. 56.1.a) de la Ley 32/2003 LGT al respecto de la anterior Ley 11/1998 LGTel].

La expresión “volumen de negocios” no es en sí misma conceptualmente diferente de la expresión “volumen de negocios total”, como se ha destacado con acierto. Sin embargo, cuando el legislador de 2007 ha añadido de modo expreso el adjetivo “total” al sustantivo “volumen” que ya figuraba, sin adjetivos, en el precepto análogo de la Ley anterior (así ha sucedido con el art. 63.1 de la Ley 15/2007 frente a la redacción del art. 10.1 de la Ley 16/1989), lo que ha querido subrayar es que la cifra de negocios que emplea como base del porcentaje no queda limitada a una parte sino al “todo” de aquel volumen. En otras palabras, con la noción de “volumen total” se ha optado por unificar el concepto de modo que no quepa distinguir entre ingresos brutos agregados o desagregados por ramas de actividad de la empresa autora de la infracción. Voluntad legislativa acorde con esta interpretación que, como bien recuerda el voto particular, rechazó las propuestas de modificación del texto, expuestas en los trabajos preparatorios

de su elaboración, que específicamente intentaban reducir el volumen de ventas a tan solo las realizadas en el mercado afectado por la infracción.

Que ello sea así no implica, sin embargo, que la cifra de negocios referida a ámbitos de actividad distintos de aquel en que se ha producido la conducta anticompetitiva resulte irrelevante a los efectos del respeto al principio de proporcionalidad, de necesaria aplicación en el Derecho sancionador. Lo es, y de modo destacado, pero en el momento ulterior de individualización de la multa, no para el cálculo del importe máximo al que, en abstracto y en la peor (para el sancionado) de las hipótesis posibles, podría llegarse.

[...] El art. 64.1 de la Ley 15/2007 exige que, dentro de la escala sancionadora —interpretada en el sentido que ya hemos declarado— se adecúe el importe de la multa en función de criterios tales como la dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota que dentro de él tenga la empresa infractora y los beneficios ilícitos por ella obtenidos como consecuencia de la infracción. Son criterios, pues, que inequívocamente remiten a la concreta distorsión de la competencia que se haya producido en cada caso, esto es, a la consumada en el seno de un determinado sector o mercado donde opera la entidad sancionada, que puede, o puede no, simultáneamente operar en otros mercados.

Si es válido utilizar el “volumen de negocios total” de la entidad para el cálculo del porcentaje máximo aplicable a la más grave de las conductas posibles, en el caso de las empresas “multiproducto” la evaluación pormenorizada de la concreta conducta infractora, dentro del sector específico de actividad y con arreglo a aquellos criterios, permitirá igualmente atender las exigencias del principio de proporcionalidad en el sentido al que tienden las reflexiones de la Sala de instancia en su parecer mayoritario, esto es, tomando en cuenta aquel elemento junto con el resto de los que incluye el art. 64.1 de la Ley 15/2007».

En definitiva, todo lo razonado por el Tribunal Supremo desemboca en una estimación parcial del recurso de casación interpuesto por la Abogacía del Estado. Se revoca la sentencia de instancia pero solamente en lo que se considera una interpretación reductora que la AN había hecho de la expresión «volumen total de negocios» inserta en el art. 63.1 de la Ley 15/2007, limitación que se traslada al fallo. En otras palabras, procede el mantenimiento del fallo de instancia en cuanto ordena a la Comisión Nacional de Competencia (actualmente la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia) que imponga de nuevo la sanción pecuniaria «en el porcentaje que resulte, atendidos los criterios legales de graduación debidamente motivados» (ello implica la improcedencia de acometerlo con arreglo a las pautas sentadas en la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones) si bien el nuevo cálculo ya no contará como límite el volumen de negocios del mercado afectado sino el volumen de negocios total de la empresa³⁵.

³⁵ La misma línea se ha mantenido en las SSTs de 30 de enero de 2015 (recs. 1476/2013 y 1580/2013) y en la de 5 de febrero de 2015 (rec. 1567/2014). La jurisprudencia europea va en la

6. EFECTOS Y CONSECUENCIAS

A. ¿EXISTE REALMENTE UN PROBLEMA INSUPERABLE DE CONSTITUCIONALIDAD DE LA NORMA?

Comenzaremos por subrayar que uno de los elementos nucleares de la discusión, es decir la inadecuación del sistema sancionador de la LDC al ordenamiento constitucional no se analiza en realidad con la suficiente profundidad. Es cierto que la literalidad del art. 64 LDC —aisladamente considerado— conferiría una enorme discrecionalidad administrativa a las autoridades de competencia. Pero ello no necesariamente ha de vulnerar el principio de tipicidad y *lex certa* recogido en nuestra doctrina constitucional.

En la interpretación de las normas legales, cuando estas incorporan sus propias opciones de política legislativa, los tribunales deben respetar —salvo que incluyan elementos de inconstitucionalidad— los juicios o consideraciones, explícitas o implícitas, que el propio legislador haya efectuado sobre la proporcionalidad de aquellas opciones. Es la ley la que marca, por ejemplo, los valores máximos y mínimos de la escala de multas y, repetimos, salvo que en esos valores o porcentajes se pudieran apreciar factores que induzcan al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, el juicio de proporcionalidad que incorporan los correlativos preceptos ya queda hecho por el propio legislador y a él hay que atenerse. Criterio extensible al resto de elementos configuradores del precepto, entre ellos el que define el volumen de negocios de la empresa en términos de «totalidad». La utilización de una magnitud como el «volumen de negocios» para fijar porcentualmente, en función de ella, el máximo de las sanciones pecuniarias no es, a nuestro juicio, susceptible de reproche de inconstitucionalidad tanto si aquella expresión se interpreta en un sentido (el de la mayoría de la Sala) como en otro (el del voto minoritario). Se trata de un factor expresivo de la capacidad económica del sujeto infractor y, en esa misma medida, apto para deducir de él la intensidad de la respuesta sancionadora en que consiste la sanción pecuniaria. El legislador tiene una amplia capacidad de configuración normativa para elegir aquel factor como módulo de referencia en el cálculo de las multas, al igual que podría haber optado por otros (por ejemplo, el beneficio obtenido a consecuencia de la infracción) (FJ 8.º).

Cualquier operador jurídico debe acudir a la regulación conjunta de la cuestión sancionadora que, a nuestro juicio, incluye tres elementos: *a*) la tipificación en sí misma (art. 62 LDC); *b*) la graduación de la sanción (art. 64 LDC), y *c*) la imposición de un tope sancionador máximo (art. 63 LDC). La tipificación de las conductas se produce en el art. 62 que nada cuestiona. No hay por tanto un problema de tipicidad de la norma (STC 10/2015, de 2 de febrero) ni de falta de taxatividad (STC 116/1993).

misma dirección al permitir la superación del mercado geográfico de la UE en la determinación del volumen de ventas (pantallas LCD ensambladas fuera del territorio comunitario). Véase STJUE de 9 de julio de 2015, asunto C-231/14 *P. Pantallas LCD*.

Efectivamente, en cuanto a la tipicidad, determina el art. 62.4: «Son infracciones muy graves: el desarrollo de conductas colusorias tipificadas en el art. 1 de la Ley que consistan en cárteles u otros acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas entre empresas competidoras entre sí, reales o potenciales». Por tanto, por voluntad del legislador, un cártel siempre constituirá una infracción de las calificadas como muy graves. El problema está en ajustar la individualización de la sanción a dos parámetros: la gravedad de la conducta por su perjuicio y efectos; la capacidad económica del infractor. Y ello no supone un problema de *lex certa* sino de modulación de las sanciones.

Efectivamente, según razona la reciente STC 10/2015, de 2 de febrero: «El derecho a la legalidad sancionadora “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» (entre muchas, STC 42/1987, de 7 de abril, FJ 2.º). En relación con la vertiente material de este derecho, hemos puesto de relieve que «la necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta», pero en modo alguno cabe encomendar por entero tal correspondencia a la discrecionalidad judicial o administrativa, «ya que ello equivaldría a una simple habilitación en blanco a la Administración por norma legal vacía de contenido material propio» (STC 113/2002, de 9 de mayo, FJ 6.º). Consecuentemente, el art. 25.1 CE limita, no ya el ejercicio administrativo de la discrecionalidad, sino su atribución misma por parte del legislador. En particular, para el caso de leyes que remiten la calificación de las infracciones como leves, graves o muy graves a un órgano administrativo, hemos declarado: «La graduación de las sanciones o calificación *ad hoc* de las infracciones no resulta acorde con el principio de taxatividad en cuanto que no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa» (STC 252/2006, de 25 de julio, FJ 4.º, que remite a la STC 100/2003, de 2 de julio) (FJ 3.º).

Lo mismo puede decirse de la muy didáctica STC 100/2003, de 2 de junio. En ese caso se enjuiciaba la Ley andaluza 4/1989, de 27 de marzo, de conservación de espacios naturales protegidos y de la flora y la fauna. Según el literal de la sentencia: «El art. 39.1 LCEN, por remisión a las infrac-

ciones tipificadas en el artículo inmediatamente anterior, dispone: “1. Las citadas infracciones serán calificadas de leves, menos graves, graves y muy graves, atendiendo a su repercusión, a su trascendencia por lo que respecta a la seguridad de las personas y bienes y a las circunstancias del responsable, su grado de malicia, participación y beneficio obtenido, así como a la irreversibilidad del daño o deterioro producido en la calidad del recurso o del bien protegido”.

El precepto ahora reproducido remite a un momento posterior la calificación misma de las infracciones. Ahora bien, dicha remisión no es incondicionada toda vez que el legislador proporciona una serie de criterios, que él mismo ha ponderado en relación con las infracciones tipificadas en los apartados 1, 6 y 7 del art. 38 LCEN, respecto de las cuales impone la calificación como muy graves (art. 39.2). Ciertamente, al igual que sucediera en el caso enjuiciado en la STC 207/1990, de 17 de diciembre, también en esta ocasión los órganos administrativos que han intervenido en el procedimiento sancionador han “entendido manifiestamente que la graduación de la sanción ha de entenderse como una decisión singular, esto es, como una graduación *ad hoc* que en cada caso concreto lleva a cabo la misma autoridad que impone la sanción”, ignorándose con ello que la gradación de las sanciones o calificación *ad hoc* de las infracciones no resulta acorde con el principio de taxatividad en cuanto que no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa. En consecuencia, la aplicación directa que los citados órganos administrativos han efectuado del precepto legal en cuestión ha infringido el art. 25.1 CE, lo que debe llevarnos a la estimación del presente recurso» (FJ 6.º).

Hay que reparar cómo los casos enjuiciados por el TC sobre el cumplimiento de las garantías constitucionales del art. 25.1 CE refieren a supuestos distintos. En la STC 10/2015, se trata de conferir a la Administración la capacidad para decidir sobre la gravedad de la conducta según criterios discrecionales a apreciar en un momento aplicativo posterior (riesgo para la salud, posición en el mercado del infractor, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, gravedad de la alteración social producida, etc.). De igual modo, en la STC 116/1993, de 29 de marzo, la sanción de expulsión del inmigrante dependería de conceptos indeterminados tales como; «la forma de vida»; «la conducta que observe» o «las actividades que desarrolle» o en la STC 100/2003, la tipificación dependía de «el grado de malicia» o «la irreversibilidad del daño». Tanto el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios como el preconstitucional Decreto 522/1974, de 14 de febrero, por el que se regula el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España (hoy ya derogado), como la Ley andaluza, adolecían de un problema de taxatividad.

No así en cambio la LDC según hemos visto puesto que la dicción del art. 62.4.a) LDC es suficientemente precisa. La discrecionalidad no afecta a la tipicidad sino a la individualización de la sanción.

Más claramente, si cabe, aborda la cuestión la STC 175/2012, de 15 de octubre. Se trata de un recurso de amparo por la imposición de una sanción por infracción de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989. Al respecto, razona el Tribunal que: «No se discute si es concorde con el art. 25.1 CE que la Administración disponga de un margen de apreciación al aplicar la normativa sancionadora, lo cual está fuera de toda duda, sino si, como exige la vertiente material del principio de legalidad sancionadora (art. 25.1 CE) en aras de garantizar la seguridad jurídica de los ciudadanos, ese margen está suficientemente predeterminado en la norma, concretamente en cuanto a la correlación entre la infracción y la sanción. De otro lado, resulta claro que el art. 10.2 LDC establece una serie de criterios generales que vinculan a la Administración al decidir sobre la importancia de la infracción y correlativamente sobre la cuantía de la sanción, lo que supone que la actuación de la Administración no es enteramente libre sino sujeta a ciertos parámetros señalados en la ley. Ahora bien, distinta es la perspectiva de la garantía material de la legalidad sancionadora, donde lo que importa es si el destinatario de la norma puede predecir, a partir de la normativa sancionadora y con suficiente grado de certeza, la gravedad de la sanción que cabría imponérsele por la conducta que realizó.

Este Tribunal (en SSTC 207/1990, de 17 de diciembre; 100/2003, de 2 de junio; y 210/2005, de 18 de julio) se ha ocupado de esta cuestión en supuestos en que la norma aplicable condicionaba la decisión administrativa sobre la gravedad de la infracción y la correlativa importancia de la sanción a través del señalamiento de criterios generales conforme a los cuales graduar esta, pero, aun dividiendo las infracciones en categorías de gravedad, no establecía qué concretas conductas de las tipificadas habían de ser reputadas leves, cuáles graves y qué otras muy graves, de modo que la integración de cada conducta en cada una de esas categorías, aun cuando vinculada por criterios generales, se acordaba singularmente, caso por caso, por el órgano administrativo sancionador, considerando que este resultado abocaba a concluir que dicha norma no contenía una predeterminación constitucionalmente suficiente de la correspondencia entre infracciones y sanciones y, en consecuencia, que las sanciones impuestas a su amparo desconocían la vertiente material del principio de legalidad (art. 25 CE).

La configuración de la norma aplicable es distinta en este caso, pues resulta evidente que el art. 10 LDC no divide las infracciones que tipifica en categorías, lo que no significa, como de hecho pone de relieve el fiscal, que entre esas infracciones haya unas leves, otras graves y otras muy graves y que el legislador no las haya diferenciado a la hora de atribuirles su correspondiente sanción, sino que ha considerado conveniente atribuir a todas las clases de conductas que tipifica una misma gravedad, que solo diferirá por las circunstancias de hecho que rodeen a la comisión concreta de las mismas, las cuales tendrán su reflejo en la cuantificación de la multa por medio de la aplicación razonada de los criterios generales que dicho precepto enuncia. De acuerdo a esta interpretación, según la cual el art. 10 LDC tipifica una sola categoría de infracciones y una sola categoría de sanciones, no

apreciamos ningún déficit de predeterminación normativa en la correlación entre infracciones y sanciones pues esta es unívoca, procediendo por este motivo desestimar la primera de las alegaciones de la actora» (FJ 3.º).

En definitiva, si comparamos el art. 10 LDC 1989 y el art. 63 LDC 2007, resulta una similitud formidable. Lo único que puede distinguirlos es la inexistencia de un posterior artículo que prefigure el margen de discrecionalidad administrativa dentro de la tipicidad (pero no la tipicidad misma). Además, la aplicación estricta del principio de taxatividad, en los términos aquí vistos, no solo influiría notablemente sobre la política de defensa de la competencia sino que impactaría sobre la misma construcción de las sanciones cuya cuantificación se vincule a la capacidad económica del sujeto. Veamos algunos ejemplos ilustrativos en el Derecho administrativo sancionador español:

- En materia de auditoría de cuentas, el Texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio, establece sanciones de multa de hasta el 10 por 100 de los honorarios facturados [art. 36.4.b)].
- En materia de mercado de valores, la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que probablemente ha inspirado la propia LDC, se combina tanto el criterio de proporcionalidad de la sanción acorde al tipo de infracción como la limitación por razón de la capacidad económica del sujeto [art. 102.1.a)].
- La Ley 26/1988, de 29 de julio, de disciplina e intervención de las entidades de crédito [hoy derogada por la letra e) de la Disposición Derogatoria de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (BOE de 27 de junio)], calculaba también el importe de las multas como un porcentaje de los recursos propios de la entidad.
- En materia de telecomunicaciones el art. 82.1.a) de la Ley 11/1998 General de Telecomunicaciones, fijaba como importe de la sanción pecuniaria para las infracciones muy graves «el 1 por 100 de los ingresos brutos anuales obtenidos por la entidad infractora en el último ejercicio». Dicho artículo fue derogado por la nueva Ley 32/2003, cuyo art. 56.1.a) precisamente modificó el cómputo de los ingresos brutos de la entidad infractora, cifra sobre la que se aplica el porcentaje máximo del uno por ciento para fijar el importe de la sanción, atendiendo desde entonces a los ingresos obtenidos por la entidad infractora tan solo «en la rama de actividad afectada».
- Finalmente, en materia de comercio, la Ley de ordenación del comercio minorista establecía en su redacción original del art. 69.2 que «la sanción no podrá suponer más del 5 por 100 de la facturación del comerciante afectado por la infracción en caso de infracciones leves, del 50 por 100 en el caso de infracciones graves y del volumen total del dicha facturación en el caso de infracciones muy graves». En la actualidad, el precepto presenta una redacción distinta: «Las sanciones se graduarán especialmente en función del

volumen de la facturación a la que afecte, cuantía del beneficio obtenido, grado de intencionalidad, plazo de tiempo durante el que se haya venido cometiendo la infracción, reincidencia y capacidad o solvencia económica de la empresa» (nuevo redactado introducido por el apdo. 12 del artículo único de la Ley 1/2010, de 1 de marzo, de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista).

Junto con ello, tampoco el ordenamiento en general desconoce la modulación del importe de las sanciones de acuerdo con la capacidad económica del sujeto ya que incluso en Derecho penal, la sustitución de las penas privativas de libertad por los días-multa se modula con la capacidad económica del sujeto de manera que el importe final dependerá del sujeto y no de la infracción misma (art. 50.4 CP). Lo mismo podemos decir en materia de Derechos y Libertades de los Extranjeros, la LOEX (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) dispone que «para la determinación de la cuantía de la sanción se tendrá en cuenta la capacidad económica...» (art. 55.4).

En definitiva, la constitucionalidad de la Ley 15/2007, debe analizarse sobre el conjunto de disposiciones que regulan las sanciones, es decir, sobre el art. 62, que establece la tipificación de conducta muy grave para los cárteles; sobre el art. 64 que establece los criterios (jurídicamente indeterminados), para la graduación de la sanción y sobre el art. 63 LDC que establece un tope máximo sancionador. Es cierto que si existiera solo el art. 64 LDC, podría cuestionarse el principio de determinación normativa de las consecuencias de una infracción por su carácter enormemente abierto. Pero ese artículo existe conjuntamente con el art. 63 LDC que limita la cuantificación. Considerar el art. 63 LDC como el establecimiento de un arco sancionador (constitucional) o como un tope de sanción máxima según la capacidad económica del sujeto (inconstitucional), parece una diferencia excesiva. Y si algo mucho más indeterminado ya se consideró constitucional (STC 175/2012, de 15 de octubre), no se adivinan las poderosas razones que llevan a la jurisdicción ordinaria a superar el criterio anterior. En caso de duda, y teniendo en cuenta que la nueva interpretación supone un apartamiento de la doctrina existente, tanto la AN como el TS hubieran podido recurrir al planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad³⁶.

B. LA NUEVA CONSTRUCCIÓN DEL CÁLCULO DE LAS SANCIONES

La nueva jurisprudencia, tal y como se ha intentado exponer, parece provocar una analepsis normativa o lo que es lo mismo, una vuelta al pasado en cuanto al cálculo de las sanciones se refiere. No solo niega el valor normativo de las Comunicaciones de las autoridades de competencia (CNMC) sino que deconstruye la fórmula de cálculo de la LDC 2007 para

³⁶ Véase el razonamiento del magistrado D. Santiago Soldevila en su voto particular a la SAN de 21 de julio de 2014 (rec. 426/2012).

volver a la antigua fórmula de la Ley de 1989. De hecho, la situación posterior a enero de 2015 recupera la doctrina que ya estableció el TS en relación al art. 10 de la Ley 16/1989. Efectivamente, en la STS de 6 de marzo de 2003, el Tribunal afirma que: «La inevitable utilización de elementos de valoración referenciados a factores económicos de diversa naturaleza (cuotas de mercado, dimensiones de este, efectos sobre los consumidores y otros similares) no convierte en absolutamente indeterminados los criterios para fijar la “importancia” de la infracción en cada caso. Se trata de criterios preestablecidos legalmente, de modo que las exigencias de previa determinación normativa se cumplen en la medida en que las empresas afectadas pueden, o deben, ser conscientes de que a mayor intensidad de la restricción de la competencia por ellas promovida mayor ha de ser el importe de la sanción pecuniaria, con los límites máximos que en todo caso fija el propio art. 10, en términos absolutos o relativos. Como es lógico, todo ello exige una ulterior labor de motivación y fundamentación, por parte del Tribunal de Defensa de la Competencia que dé razón suficiente de la cuantía de la multa en cada caso»³⁷. Lo chocante es, sin embargo, que lo que en 2012 era perfectamente constitucional no lo sea de ningún modo ahora en 2015.

Por ello, parece que la construcción que predica que la certeza (ex art. 25 CE) implica una determinación precisa en cuanto a la sanción aplicable, estableciendo, al menos, un mínimo y un máximo que permita graduar la sanción administrativa, resulta excesivamente rigorista. En base a esta interpretación se cierra el paso a la delegación reglamentaria (Comunicación CNMC) en la fijación de los criterios para abrir, en cambio, un espacio de mayor discrecionalidad administrativa. Efectivamente, desaparecidos los criterios de cuantificación de la sanción objetivamente fijados en la Comunicación, la CNMC gozará de una mayor discrecionalidad (y correspondientemente mayor protagonismo de la jurisdicción revisora)³⁸.

En resumen, la operación de cuantificación de las sanciones hasta 2013 se desdoblaba en una doble operación: primero el cálculo del importe básico y después la comprobación de si la cifra resultante de esa operación estaba dentro del límite máximo de la capacidad económica de la empresa (límite externo) Ahora, con la nueva interpretación el límite máximo no se convierte en externo sino que forma parte integrante de la operación de cálculo del importe básico. El límite se convierte pues en una horquilla que predetermina el resultado y dentro del cual puede moverse la Administración instructora (límite interno)³⁹. Hay que recordar además la consolidada doctrina que en ausencia de motivación, las sanciones se impondrán en su

³⁷ Sobre este deber reforzado de motivación cfr. STJUE de 18 de septiembre de 2003, *Volkswagen c. Comisión*, asunto C-338/00.

³⁸ Contrasta la situación española con la alemana, donde el *Bundeskartellamt* establece incluso en qué circunstancias se considerará que una multa no es acorde al —muy indeterminado— principio de proporcionalidad (multa entre dos y seis veces superior al beneficio ilícito obtenido)

³⁹ Son ejemplos de esta nueva aplicación los expedientes relativos a los fabricantes de papel y cartón ondulado (Expte. S/0469/13, Resolución de 18 de junio de 2015) o los anteriores: *Industrias Lácteas 2* (Expte. S/425/12); *Toyota* (Expte. S/0486/13), *Land Rover* (Expte. S/0487/13), *Hyundai* (S/0488/13), *Opel* (S/0489/13) y *Audi/Seat/Volkswagen* (Expte. S/0471/13).

grado mínimo. Este cambio, en principio, no tendría un impacto extraordinario tal y como ha quedado después del pronunciamiento del TS. Sí, por el contrario, era muy comprometedor de la eficacia de las sanciones si a ello se sumaba el cambio del tope máximo del volumen total de ventas al volumen total de ventas en el mercado afectado. La grave distorsión por todos apreciada, se situaba no tanto en la anulación de la metodología de cálculo como en la reinterpretación que la AN hizo del art. 63 LDC (cuestión que ahora revoca el TS en casación).

De nuevo, creemos que convendría diferenciar —como ya se hace por ejemplo en Derecho penal— la fase de imposición de la pena de su individualización. En una primera fase, se subsumen unos hechos presuntamente ilegales a la sanción prevista según la gravedad de los mismos. En esta fase se aplicarían los arts. 62 y 64 LDC con los parámetros establecidos y con notable discrecionalidad por parte de las autoridades de competencia. En una segunda fase, se individualiza la pena, es decir, se adaptan no los hechos a la sanción sino la sanción al sujeto. Ello produce indefectiblemente un resultado desigual según la desigual capacidad económica del sujeto. Pero la proporcionalidad que se reclama no puede nunca construirse sobre la segunda fase (individualización) sino sobre la primera. Si la finalidad de la norma es reprimir conductas contrarias a la Ley 15/2007, parece natural introducir algún mecanismo de discriminación según la capacidad del sujeto infractor (que no se encuentra en el art. 64) de manera que no resulte económicamente racional infringir la Ley y que las multas tengan un deseado efecto disuasorio sin comprometer la propia viabilidad de la empresa⁴⁰.

Se han puesto de relieve ciertas consecuencias «disfuncionales» de esta opción legislativa como serían, entre otras, el suponer un incentivo para la creación artificial de sociedades independientes, limitadas a un único ámbito de actividad, a fin de minimizar el riesgo de sanciones muy elevadas, o, desde la otra perspectiva, un obstáculo indirecto a la creación de grandes conglomerados empresariales que incluyan actividades diversificadas⁴¹.

⁴⁰ La propia STS acude al ejemplo del Derecho penal pero con un resultado distinto: «La existencia en nuestro ordenamiento de este tipo de límites ulteriores presupone que las respuestas sancionadoras han sido previamente determinadas, e individualizada la pena, conforme a las reglas legales y las exigencias constitucionales de taxatividad en el Derecho punitivo. Por poner un ejemplo fácilmente comprensible, las penas privativas de libertad han de imponerse en función de los años de prisión que marquen los tipos correspondientes, no al margen de estos. Y solo después, en ciertos casos, la Ley fija un “límite máximo” excepcional, o cláusula de cierre, de “cumplimiento efectivo”, de modo que condenas válidamente impuestas, según las pautas legales, a decenas o cientos de años queden ulteriormente “limitadas” (art. 76 del CP) a solo 40, por ejemplo. Pero la limitación, repetimos, opera una vez que las sanciones penales han sido fijadas conforme a las reglas legales que marcan los máximos y mínimos del tiempo de prisión aplicable a cada delito. No cabría en nuestro Derecho punitivo que esta operación, anterior a la de aplicar la cláusula de cierre, se llevara a cabo sin la existencia de un precepto legal que previera el máximo de la propia sanción».

⁴¹ Esta objeción, sin embargo, desaparecería con una correcta construcción de la llamada «*parent liability*» o la responsabilidad de la matriz sobre las filiales. Véase A. ESCUDERO, *Multas a empresas: imputabilidad de las matrices y determinación del importe de las sanciones*, Paper presentado al IV seminario sobre Acuerdos Restrictivos de la Competencia del proyecto de investigación DER2011-27249, Madrid, Universidad CEU San Pablo, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia, 2014 (inédito). Sobre el tema resulta interesante el reciente

Pero ni esta objeción ni otras similares que atienden más bien a razones de oportunidad o conveniencia, o a su incidencia en las decisiones de los agentes económicos, bastan para negar la validez de la opción del legislador.

Que ello sea así no implica, sin embargo, que la cifra de negocios referida a ámbitos de actividad distintos de aquel en que se ha producido la conducta anticompetitiva resulte irrelevante a los efectos del respeto al principio de proporcionalidad, de necesaria aplicación en el Derecho sancionador. Lo es, y de modo destacado, pero en el momento del cálculo del importe máximo al que, en abstracto y en la peor (para el sancionado) de las hipótesis posibles, podría llegarse. «Una conclusión contraria carecería de sentido, pues si el sujeto infractor es la persona jurídica que comete la infracción, imponer la sanción teniendo en cuenta el volumen de ventas en el mercado afectado supone en la práctica “trocear” a dicha persona jurídica en tantos segmentos como en mercados opere. Un razonamiento de este tipo implica una concepción del mercado como un conjunto de compartimentos estancos, en los que la actividad desarrollada en uno de ellos parece no afectar al resto, y en el que una empresa, tomada en su conjunto, no se beneficiaría de las infracciones cometidas en uno de los segmentos en los que opere. Tal conclusión, por supuesto, no puede ser aceptada»⁴². De ahí, la revocación en casación de la doctrina de la AN.

C. DESAPODERAMIENTO DE LOS PODERES NORMATIVOS DE LA CNMC Y LLAMAMIENTO AL LEGISLADOR

No existe duda que uno de los efectos fundamentales de la nueva doctrina jurisprudencial es la relativa a la ordenación del sistema de fuentes. La concreción normativa del ámbito de discrecionalidad en materia sancionadora no puede realizarse por la misma autoridad administrativa que tiene encomendada la instrucción y resolución de los casos. Se trata, como indica el profesor MARCOS de una cuestión de legitimidad en la emanación de normas más que de una discrepancia en cuanto al resultado mismo de las sanciones o al respeto a los principios de proporcionalidad. Incluso si la Comunicación de 2006 recogiera el mismo criterio jurisprudencial defendido por los Tribunales, se consideraría inadecuado, puesto que perviviría el problema de legalidad sancionadora⁴³.

En palabras de la sentencia, «esta Sala ha declarado (por todas, véanse las Sentencias de 6 de marzo de 2003 y 23 de marzo de 2005, recursos de casación 9710/1997 y 4777/2002, respectivamente) que entre los criterios rectores para valorar la adecuación de las sanciones a la gravedad de los

pronunciamiento de la STJUE de 5 de marzo de 2015, asuntos C-93/13 P y C-123/13 P (*mercado de caucho cloropreno*).

⁴² C. LILLO ÁLVAREZ, «La Audiencia Nacional antes las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 15, 2014, p. 5.

⁴³ F. MARCOS, «Blowing hot and cold: the last Word of the Supreme Court on setting fines for competition law infringement in Spain», *Working Paper IE Law School AJ8-220-1*, 2015, p. 15.

hechos se encuentra el de que “[...] la comisión de las infracciones anti-concurrenciales no debe resultar para el infractor más beneficiosa que el cumplimiento de las normas infringidas. Criterio que, aun no expresado literalmente en el art. 10 de la Ley 16/1989 (tampoco explícitamente en la Ley 15/2007), puede entenderse implícito en las letras *a*), *c*) y *d*) de su apartado 2, así como en la facultad de sobrepasar el límite sancionador de los 150 millones de pesetas hasta el 10 por 100 del volumen de ventas de la empresa infractora (art. 10, apdo. 1). En todo caso, con o sin mención legal específica, corresponde a la naturaleza misma de la propia potestad sancionadora, como lo demuestra su posterior inclusión bajo la rúbrica del ‘principio de proporcionalidad’ en el art. 131.2 de la Ley 30/1992”.

Aunque ello dependerá ya del legislador, responsable último de fijar la aptitud intimidatoria de las sanciones, un sistema general de multas que pretenda establecer un nivel de disuasión adecuado quizás debería implicar no solo la ausencia, en todo caso, de aquellos beneficios sino un plus que añada, a los términos de la ecuación “beneficio esperado” menor al “coste de la sanción”, añada, decimos, el factor de la probabilidad en la detección de las conductas infractoras. En todo caso, con o sin este último factor, corresponde a la ley —y no a quien la ejecuta o la interpreta— establecer las modalidades de sanciones y los límites cuantitativos, fijos o porcentuales, que el legislador considere oportuno para cumplir la finalidad disuasoria de las sanciones en este área del ordenamiento jurídico. Ello justifica que determinadas leyes prevean que el castigo pecuniario a las infracciones en ellas contempladas, cuando la sanción deba calcularse en función de los beneficios obtenidos con la conducta, se concrete en multas que oscilan desde el monto del beneficio al duplo, el triple u otros múltiplos de aquel» (FJ 9.º).

Quien tiene la competencia para ello deberá valorar si la insuficiencia de la Ley 15/2007 en este punto aconsejaría una modificación parcial de su Título V, dado que aquella no puede ser suplida mediante una mera Comunicación de autoridades carentes de potestades normativas en la materia, por mucho que su propósito sea el elogiado de dotar de mayor nivel de predictibilidad a la imposición de las sanciones pecuniarias.

Lo que en realidad se produce con esta construcción es un aumento de la capacidad revisora de la jurisdicción (lo que en parte iría en la misma línea del caso *KME Germany AG, KME France SAS y KME Italy SpA contra Comisión Europea* (STJUE de 8 de diciembre de 2011 asunto C-272/09). Esta misma capacidad, sin embargo, se obtendría en aplicación de la jurisprudencia *Holding Schindler* que permite la prevalencia de la revisión jurisdiccional sin desposeer la norma de todo efecto. En efecto, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 5.ª) de 18 de julio de 2013, caso C-501/11 *Schindler Holding*, tiene por objeto un recurso de casación contra una sentencia desestimatoria del Tribunal General que a su vez confirmó una Decisión de 21 de febrero de 2007 sobre reducción de las multas impuestas por la participación en un cártel. De toda la compleja sentencia nos interesa especialmente los argumentos relativos a la incompetencia de la Comisión

para aprobar las Directrices (apdos. 66 a 69) así como el incumplimiento de las Directrices de la propia Comisión el asunto (apdos. 155 a 161):

«En cualquier caso, las Directrices de 1998 no constituyen ni una legislación, ni una legislación delegada en el sentido del art. 290 TFUE, apartado 1, ni la base legal de las multas impuestas en materia de competencia, que se adoptan tomando como único fundamento el art. 23 del Reglamento núm. 1/2003. Las Directrices de 1998 establecen una regla de conducta indicativa de la práctica que debe seguirse y de la cual la Comisión no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones que sean compatibles con el principio de igualdad de trato (véase la Sentencia de 18 de mayo de 2006, *Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión*, C-397/03 P, rec. p. I-4429, apdo. 91), y se limitan a describir el método de examen de la infracción adoptado por la Comisión y los criterios que esta se obliga a tener en cuenta para fijar el importe de la multa (véase la Sentencia *Chalkor/Comisión*, STJUE de 8 de diciembre de 2011, C-386/10 P, apdo. 60)».

De ello se deduce que la Comisión adoptó la Directrices dentro de su ámbito de competencia y que queda vinculada por las mismas. Las Directrices constituyen por ello un elemento favorable de claridad y objetividad. Al preguntarse sin embargo, sobre la vinculación de la revisión jurisdiccional de los casos, el Tribunal opina que:

«Interesa recordar que, al ejercer el control de legalidad de una decisión mediante la que se imponen multas por infracción de las normas sobre competencia, el juez de la Unión no puede apoyarse en el margen de apreciación del que dispone la Comisión, ni respecto a la elección de los elementos que se tuvieron en cuenta a la hora de aplicar los criterios mencionados en las Directrices de 1998, ni respecto a la evaluación de dichos elementos, para renunciar a ejercer un control en profundidad tanto de hecho como de Derecho (Sentencia *Chalkor/Comisión*, antes citada, apdo. 62). Tal regla es aplicable asimismo cuando el juez verifica si la Comisión ha aplicado correctamente la Comunicación sobre la cooperación de 2002.

Si bien los principios enunciados por el Tribunal en los apartados 295 a 300 no se compadecen con esta jurisprudencia, es preciso no obstante examinar la forma en que el Tribunal ejerció su control en el presente asunto para verificar si quebrantó dichos principios. En efecto, como señaló la Abogado General en el punto 191 de sus conclusiones, lo que importa es el criterio que el Tribunal efectivamente aplicó para apreciar concretamente el valor añadido aportado por la cooperación de la empresa afectada con la Comisión».

De forma clara, pues, el debate no se sitúa en el carácter normativo o menos de las Directrices ni en el hecho de si estas son normas y si es posible una delegación normativa en autoridades administrativas independientes. La cuestión es mucho más utilitaria, es decir, si sirven a garantizar los derechos de las empresas (respuesta positiva) y si vinculan a la jurisdicción en su función revisora (respuesta negativa). De manera similar a como ocurre para las *US Antitrust Sentencing Guidelines*, con la Sentencia *United States c. Booker*, 543 US at 245 (2005), se devuelve el ámbito de discrecionalidad del que gozan los jueces al examinar casos de competencia. A

partir de ese momento, pues, los tribunales norteamericanos realizan un triple examen de la aplicabilidad de las *Sentencing Guidelines*: en primer lugar se examina el alcance de las mismas al caso; en segundo lugar, se examina si el apartarse de las mismas para el caso concreto resulta apropiado; y finalmente, si el resultado de esa desviación es proporcional (la llamada «*parsimony provision*»: «*sufficient, but no greater than necessary*») ⁴⁴.

En definitiva, la jurisprudencia de la AN y del TS no hace más que reivindicar su plena jurisdicción en la capacidad revisora ⁴⁵. El control judicial no puede resultar constreñido por las directrices emanadas de un organismo administrativo sino solo por la actividad soberana del legislador, aunque para ello se perjudique la seguridad jurídica y los logros en la limitación de la discrecionalidad administrativa. Más allá de mordaces críticas sobre la falta de competencia técnica y especialización de los órganos jurisdiccionales, convendría que las autoridades de competencia interiorizaran que la función revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende también sobre los organismos independientes.

D. DISONANCIA ENTRE DERECHO NACIONAL Y DUE EN UNA APLICACIÓN CONCURRENTE DE LA POLÍTICA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Se puede concordar que la Comisión europea no tiene la misma configuración institucional que las autoridades administrativas nacionales en materia de defensa de la competencia. Efectivamente, aunque ambas sean autoridades de competencia, la legitimidad y competencias de una y otra son bastante distantes. Podemos también estar de acuerdo en que la aplicación del Reglamento UE 1/2003 no implica siempre y en todo caso, un desplazamiento de las competencias de los ordenamientos nacionales en cuanto a la metodología de cálculo de las sanciones (actividad meramente aplicativa y por ello cubierta por la garantía del principio de autonomía institucional y procedimental). Queda igualmente claro que el ordenamiento nacional no queda desplazado por la primacía ni se coloca en una posición de jerarquía normativa respecto al Reglamento europeo. Pero la interrelación Derecho europeo-Derecho nacional no se agota solo en un entendimiento piramidal (norma superior-norma inferior) ⁴⁶.

Procede recordar que el art. 4.3 TUE (antiguo art. 5 TCEE) recoge el principio de cooperación leal, que exige a los miembros adoptar «todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumpli-

⁴⁴ Con más detalle, cfr. C. PADROS REIG, «Los poderes normativos de las autoridades de defensa de la competencia en el control de los cárteles», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO GONZÁLEZ ORUS, *La lucha contra los cárteles en España*, Civitas-Thomson Reuters, 2015.

⁴⁵ Se hace buena con ello el brocardo «*Est boni iudicis ampliari jurisdictionem*».

⁴⁶ Hay que concordar en este punto con la apreciación del magistrado D. Santiago Soldevila en su voto particular a la SAN de 21 de julio de 2014 cuando afirma que «la distinta naturaleza jurídica de la Comisión Europea y la CNC, no tiene la importancia que la sentencia le confiere. Sin duda, su régimen jurídico y estatuto son distintos, pero ambas son, en lo que a este caso afecta, organizaciones administrativas que imponen sanciones en materia de libre competencia [...]».

miento de las obligaciones derivadas de los Tratados o resultantes de los actos de las Instituciones». De esta disposición el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha extraído la obligación de los Tribunales nacionales de proceder, siempre que sea posible, a una interpretación conforme del Derecho nacional con el Derecho comunitario (STJCE de 10 de abril de 1984, asunto *Von Kolson* C-14/83). La misma doctrina actualizada puede verse en el asunto *Melki* C-188/10 STJUE de 22 de junio de 2010, donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha reiterado que «corresponde al órgano jurisdiccional nacional dar a la ley interna que debe aplicar, en la mayor medida posible, una interpretación conforme con las exigencias del Derecho de la Unión».

Una idea muy parecida (principios de equivalencia y efectividad) se expresa por el magistrado Santiago Soldevila en la redacción de su voto particular a la SAN de 21 de julio de 2014: «Resulta pertinente en el presente caso la cita de la STJUE de 4 de junio de 2009, asunto *T-Mobile* C-8/08, apartados 49 a 51 y las Conclusiones de 19 de febrero de 2009, de la Abogado General J. Kokott en el mismo asunto, apartados 81 y ss. Si bien en materia de procedimiento, que no de Derecho sustantivo, los Tribunales nacionales gozan de un margen de actuación, el mismo está sujeto a los principios de equivalencia y efectividad, y debe garantizarse, en todo caso, el efecto útil del art. 101 del TFUE. Llamo especialmente la atención sobre el apartado 85 de estas Conclusiones, asumido sin género de dudas por la sentencia en el examen de la segunda cuestión prejudicial planteada, en el que se califica de crucial la interpretación uniforme en todo el territorio de la Unión, del art. 81 del Tratado CE, hoy, 101 TFUE. Una interpretación que omitiera el aspecto sancionador de este tipo de conductas, privaría de efecto útil a las mismas. [...] Por esta razón, debe interpretarse necesariamente por todos los órganos jurisdiccionales nacionales, en la forma que lo ha hecho el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, mediante sus resoluciones, ya sean, tanto del Tribunal de Justicia, como del Tribunal General. Ambas jurisdicciones son llamadas por el art. 19 del TUE a garantizar, en nombre de la Institución en la que se integran, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el respeto del Derecho en la aplicación e interpretación de los Tratados».

Como vemos, se trata de un principio parecido al que rige en nuestro Derecho constitucional respecto a la interpretación conforme de las leyes con la Constitución. Hay que buscar siempre la interpretación de las normas de tal modo que se permita la compatibilidad entre Derecho europeo y Derecho nacional. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado también que «si bien el principio de interpretación conforme del Derecho nacional, impuesto de este modo por el Derecho comunitario, se refiere, en primer lugar, a las normas internas establecidas para adaptar el Derecho nacional a la Directiva de que se trate, no se limita, sin embargo, a la exégesis de dichas normas, sino que requiere que el órgano jurisdiccional nacional tome en consideración todo el Derecho nacional para apreciar en qué medida puede este ser objeto de una aplicación que no lleve a un

resultado contrario al perseguido por la Directiva». No obstante, la obligación de interpretar el Derecho nacional de manera conforme al Derecho comunitario tiene su límite en el respeto de los principios generales del Derecho y, en particular, de los principios de seguridad jurídica y de no retroactividad, y excluye, en todo caso, la interpretación *contra legem* de la normativa nacional. La determinación de si una norma nacional puede o no ser interpretada, dentro de estos límites, de forma concurrente o conforme con la disposición de una norma de la Unión Europea, compete únicamente al juez nacional, ya que se trata de una cuestión de interpretación del Derecho nacional, y no de Derecho comunitario, en la que no puede entrar el Tribunal de Justicia.

La obligación de interpretación de las normas nacionales de forma conforme con el DUE tiene su fundamento, desde la perspectiva de las constituciones nacionales, en las cláusulas de integración a través de las cuales los Estados transfieren competencias a la Unión (el art. 93 CE). Mediante la adhesión a la Unión, todos los poderes y órganos constitucionales quedan vinculados por lo dispuesto en el art. 4.3 TUE. Esta vía facilita la relación y el acercamiento entre los dos ordenamientos, el nacional y el de la Unión Europea, permitiendo a los ordenamientos nacionales un ajuste menos traumático que el desplazamiento de la norma nacional por la de la Unión Europea sobre la base de su primacía. Implica, en el mismo sentido, una posición más constructiva que defensiva en el proceso de integración, y no menoscaba el papel de los Tribunales Constitucionales como intérpretes supremos de la Constitución.

Si se aplica lo anterior al asunto del cálculo del importe de las sanciones por incumplimiento del Derecho comunitario, resulta una clara disonancia entre la interpretación europea y la española. La justificación podría encontrarse en una mayor protección del principio de legalidad sancionador en nuestra Constitución (art. 25.1 CE), que en la Carta Europea de Derechos Fundamentales (art. 49). Esta disfunción, si bien se permite en la relación entre ordenamiento comunitario y ordenamiento nacional, puede provocar serios problemas en caso de un hipotético pronunciamiento europeo que: *a)* convalidara el estándar de la Comisión y sus Directrices de 2006, y *b)* considerara que la normativa española impide el efectivo cumplimiento del Derecho de la UE.

Y es que junto con la interpretación conforme o armónica, las opciones de Derecho nacional deben garantizar el efecto útil de la normativa europea según la clásica doctrina Sentencia de 4 de diciembre de 1974, asunto *Van Duyn*: «Los Estados miembros deben elegir las formas y los medios más adecuados con objeto de asegurar el efecto útil de las directivas» (STJ de 8 de abril de 1976, asunto C-48/75), y «las meras prácticas administrativas, por su naturaleza susceptibles de ser modificadas por voluntad de las administraciones y desprovistas de una publicidad adecuada, no podrán ser consideradas como constitutivas de una ejecución válida de la obligación que incumbe a los Estados miembros...» (STJ de 15 de marzo de 1983, *Comisión c. Italia*, asunto C-145/82). La garantía del efecto útil, a nadie se

le escapa, comprende el nivel adecuado de las sanciones para garantizar la capacidad de disuasión a los infractores. Por tanto, en la medida que las opciones nacionales impidan el efecto útil del Derecho comunitario, debería procederse a su corrección.

De todo ello se desprende al final el nacimiento de una doble línea de sanciones dependiendo de la apreciación por parte de las autoridades nacionales de una vulneración del Derecho europeo. Así, si en un expediente la CNMC aprecia la infracción de los arts. 101 y 102 TFUE, podrá imponer la sanción de acuerdo con el Derecho europeo. De otro modo, se pondría en riesgo la aplicación uniforme del Derecho europeo en las distintas jurisdicciones, creando incluso paraísos de cumplimiento laxo. En cambio, si esa misma autoridad aplica las normas españolas, quedará fuera del margen de cobertura del Derecho UE y aplicará el método español según ha determinado la revisión jurisdiccional de los casos. La situación es, como poco, disfuncional. A largo plazo supone un arrinconamiento del Derecho español que quedará reducido a los casos menos relevantes.

Todo ello, en definitiva, tiene unas consecuencias mucho más profundas que simplemente predicar la no sumisión jerárquica del ordenamiento español al comunitario en materia de determinación de multas por conductas anticoncurrenenciales.

E. NIVEL EFECTIVO DE DISUASIÓN COMO CRITERIO METAJURÍDICO

A pesar de lo que hemos expresado en el punto 6.2 anterior (escasa incidencia real de la nueva construcción jurídica), lo cierto es que al interpretar el art. 63 LDC como un arco sancionador y no como un límite externo se produce una presión a la baja en la fijación del *quantum* sancionador. O a la inversa, como destaca la sentencia, se elimina «el sesgo al alza de los importes de las multas no adaptado a las exigencias del principio de proporcionalidad, para aplicar ulteriormente solo a modo de correctivo el porcentaje del 10 por 100 del volumen de negocios». La internalización de los límites máximos hace que se parta de la posición inferior de la horquilla disponible (0 euros) para a partir de ahí construir el monto de la sanción.

A lo largo de la controversia procesal se ha hecho referencia a la finalidad disuasoria de las multas en materia de defensa de la competencia, finalidad que ciertamente les corresponde y que, tratándose de infracciones de los arts. 101 y 102 del TFUE, es inexcusable para la efectividad de ambos, también cuando son aplicados por las autoridades nacionales de los Estados miembros⁴⁷. Así se explican los votos particulares a la doctrina de la AN expresados por varios de los magistrados de la Sala.

⁴⁷ «Esta Sala es consciente de la dificultad que encierra compatibilizar, en un único acto y con las solas reglas contenidas en los arts. 63 y 64 de la Ley 15/2007, las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria de las sanciones en materia de defensa de la competencia, por un lado, con las derivadas —y también insoslayables— del principio de proporcionalidad, por otro», STS de 29 de enero de 2015, FJ 9.º

A juicio de la STS, tal carácter disuasorio ni es exclusivo de este sector del ordenamiento ni puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad. Las sanciones administrativas previstas para el ejercicio de actividades económicas han de fijarse en un nivel suficientemente disuasorio para que, al tomar sus propias decisiones, las empresas no aspiren a obtener unos beneficios económicos derivados de las infracciones que resulten ser superiores a los costes (las sanciones) inherentes a la represión de aquellas⁴⁸. A nivel agregado, hay que constatar un fuerte incremento de los totales de la imposición de multas (periodo 2007-2013), así como de la cuantía media por expediente. Se habría pasado de cerca de 58 millones de euros en 2007 a 450 en 2013.

Y es precisamente este nivel «suficientemente disuasorio» lo que se discute. En varios estudios, la doctrina se esfuerza en determinar la multa correcta para garantizar la disuasión. Así, se correlacionan elementos distintos como los efectos perniciosos de la conducta anticompetitiva, la posibilidad de ser descubierto, los beneficios ilícitos obtenidos, etc., llegando a la conclusión unánime de que no hay una fórmula exacta.

Si se observa la controversia en relación a los máximos sancionadores en España, podrá comprobarse como raramente se aplican los límites previstos en el art. 63 LDC⁴⁹. Deberíamos encontrar un caso de una empresa pequeña que participara durante muchos años en un cártel multiproducto y aún así, difícilmente se llegaría al tope del 10 por 100 del VNT. En definitiva, pese al incremento agregado, España exhibe todavía un nivel moderado de multas a los cárteles y raramente hay que acudir al «*capping ceiling*».

El TS lanza también una velada crítica a las autoridades de competencia por hacer recaer sobre la revisión jurisdiccional de las sanciones todo el peso de la disminución de la efectividad. En realidad, la CNMC tiene también otros instrumentos de refuerzo de la efectividad que no utiliza: «No debe olvidarse, en fin, que el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el art. 63.2 de

⁴⁸ Sobre el nivel óptimo de sanción véase J. PADILLA y E. ZOIDO, «El papel disuasorio de las sanciones: una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias», en S. MARTÍNEZ LAGE y A. PETITBÓ, *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, Madrid, Marcial Pons-Fundación Rafael del Pino, 2008; J. GARCÍA-VERDUGO, *Una evaluación económica de la revisión judicial de las sanciones impuestas por la CNMC por infracciones anticompetitivas*, WP CEU-Instituto Universitario de Estudios Europeos, Serie Política de la Competencia núm. 48/2015; S. MARCO COLINO, *En busca de una multa perfecta: el valor disuasorio de las sanciones impuestas a los cárteles en el Derecho español de la Competencia*, V Seminario sobre Acuerdos Restrictivos de la Competencia del proyecto de investigación DER2011-27249, Madrid, Universidad CEU San Pablo, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia, 2014 (inédito).

⁴⁹ En la reciente resolución relativa a los fabricantes y distribuidores de automóviles (Expte. S/0482/13), la CNMC ha impuesto la que es la mayor multa de su historia (171 millones de euros) y pese a lo elevado de la cifra no constituye más que un 2 por 100 del volumen de negocio de las 21 empresas implicadas en el cártel.

la Ley 15/2007, que permite imponer multas de hasta 60.000 euros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras) o bien un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas.

Precisamente la evolución del Derecho de la competencia va dirigida a incrementar el nivel de disuasión efectiva contrarrestando los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena —en la vía civil— al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras (daños a los consumidores y a otros agentes económicos que son normalmente el reverso del beneficio ilícito obtenido). Se pretende de este modo aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras —y sus directivos— no solo “sufran” la sanción administrativa correspondiente sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta. Designio en cuya ejecución avanza de manera inequívoca (aunque la obligación de resarcimiento sea anterior y de hecho cuente ya con precedentes judiciales también en España, como el que ofrece la reciente Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, dictada en el recurso de casación 2472/2011) la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea».

Ello concordaría con la opinión de MARCO, para quien, «el incremento de las sanciones impuestas responde no solo a factores objetivos relativamente ponderables, sino también a una decisión consciente de corregir una política que, en su fase incipiente, se quedaba muy lejos de ese canon de multa idónea. Y a juzgar por las más recientes investigaciones, parece que pese a la subida del costa de la actividad colusoria, esta sigue resultando lo suficientemente tentadora para que los cárteles sigan afectando a numerosas industrias. Por tanto, cabe plantearse la pertinencia de impulsar la imposición de otras sanciones por vías distintas a la administrativa para complementar el efecto disuasor de las multas. En este sentido, el resarcimiento de daños y perjuicios en las acciones civiles privadas parece perfilarse como una de las opciones más deseables, sin perjuicio de los posibles beneficios de la vía penal»⁵⁰.

F. EL IMPACTO EN EXPEDIENTES PENDIENTES DE FIRMEZA

El establecimiento por el TS de una interpretación definitiva sobre el sistema de cálculo de las multas tiene los efectos que hemos visto hasta

⁵⁰ S. MARCO COLINO, *En busca de una multa perfecta: el valor disuasorio de las sanciones impuestas a los cárteles en el Derecho español de la Competencia*, V seminario sobre Acuerdos Restrictivos de la Competencia del proyecto de investigación DER2011-27249, Madrid, Universidad CEU San Pablo, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia, 2014, p. 28 (inédito).

ahora, centrados más en su impacto jurídico (ordenación de fuentes) que en su realidad cuantitativa. Dicho en otras palabras, se trata de recalcular las multas sin aplicar la Comunicación de 2009 y su metodología pero manteniendo un esquema similar. Ello permitirá revisar todos aquellos expedientes que estén pendientes de firmeza, pero no en cambio los firmes (o por consentidos o por disponer de sentencia firme).

A pesar de la SAN de 2013, la CNMC siguió aplicando su metodología a numerosos casos esperando la revocación de la doctrina por parte del TS, revocación que solo ha tenido lugar parcialmente. De este modo, como se ha demostrado, existen numerosos supuestos susceptibles de revisión⁵¹.

En realidad, el alcance del fallo judicial obliga a las autoridades de competencia a recalcular las multas que hayan sido cuestionadas e imponer una nueva cuantía conforme a Derecho. Al plantearse ahora el cálculo de las multas sin una guía metodológica y por tanto con una mayor discrecionalidad, podría existir la tentación de aumentar los importes (lo que serviría como un desincentivo para recurrir). El mismo TS se ha encargado de cerrar el paso a esta posibilidad mediante el fallo del caso del seguro decenal de daños de las edificaciones⁵². Efectivamente, en la reciente sentencia hecha pública en julio de 2015⁵³, se reconoce la existencia de un pacto entre las aseguradoras para fijar el precio de la póliza de seguro y se ordena el recalcule de la multa pero impidiendo una *reformatio in pejus*. Así, la nueva multa «no podrá superar el 10 por 100 del volumen de ventas correspondiente al ejercicio económico inmediatamente anterior a la resolución ni tampoco ser mayor que la impuesta en 2009». No cabe en fase de revisión modificar la calificación de los hechos ni tampoco puede producirse allí una revisión al alza de la multa.

Seguirá existiendo el problema de la doble línea sancionadora según se aprecie o no la infracción de los arts. 101 y 102 TFUE. En estos casos, la CNMC aplicará el Derecho europeo y sancionará de acuerdo con las directrices de la Comisión de 2006. No es descartable en el futuro que se inste pronunciamiento por parte de la jurisdicción europea sobre la compatibilidad del ordenamiento español con el comunitario, así como tampoco es descartable, vía recurso de amparo, acudir ante la jurisdicción constitucional para obtener un pronunciamiento sobre la constitucionalidad del sistema español o de la doble línea que supone los casos mixtos europeos-nacionales. Nótese como la doble vía sancionadora (europea y nacional), puede provocar también que las conductas que sean sancionadas de acuerdo con el Derecho europeo presenten una duda de constitucionalidad pues la protección del Derecho español —tal y como la han construido nuestros tribunales— es mayor que la europea. La solución es, o bien extender la protección nacional también a los casos europeos (con quiebra del principio de aplicación uniforme de la política europea de competencia) o bien

⁵¹ Véase C. LILLO, *op. cit.*, Anexo 5.

⁵² Resolución CNMC de 12 de noviembre de 2009 (Expte. S/0037/08).

⁵³ Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 3.ª, Sentencia de 26 de mayo de 2015 (rec. 483/2013).

equiparar el estándar español mediante su rebaja (solución de las STJUE de 22 de junio de 2010, asunto *Aziz Malki y Selim Abdelli*, C-188/10 y 189/10 y STJUE de 26 de febrero de 2013, asunto *Melloni* C-399/11).

La ingente tarea de revisión de las sanciones dará lugar al correspondiente alargamiento de los plazos y a la apertura de una nueva litigiosidad sobre los mismos asuntos. En definitiva, una gran complicación jurídica para unos efectos prácticos tendencialmente escasos. No nos parece posible, en cambio, la apertura extraordinaria de los casos firmes en base a una revisión extraordinaria de la jurisprudencia pues ello vulneraría el principio de cosa juzgada. Los fallos se limitan a devolver a la autoridad de competencia el caso para el recálculo del importe de la multa y puede ser perfectamente la misma cifra con una motivación distinta. Por ello, no existiría un supuesto perjuicio efectivo entre quien fue sancionado antes de 2013 y después.

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALLENDESALAZAR, R., y RINCÓN, A. (2013): «El cálculo de las multas por la CNC», en GUILLÉN CARAMÉS, J. (ed.), *Cuestiones actuales de procedimiento sancionador en Derecho de la competencia*, Civitas.
- BENEYTO PÉREZ, J. M., y MAILLO GONZÁLEZ ORUS, J. (2005): *Tratado de Derecho de la Competencia*, Barcelona, Bosch.
- CACHAFEIRO, F. (2013-2014): «El volumen de negocios como criterio para graduar las sanciones en el Derecho de la competencia», *Acta de Derecho Industrial*, vol. 34.
- CALVIÑO, N. (2007): «Public enforcement in the EU: Deterrent Effect and Proportionality of Fines», en EHLERMANN, C.-D., y ATANASIU, I., *Enforcement of Prohibition of Cartels*, Oxford.
- CONNOR, J. M., y BOLOTOVA, Y. (2006): «Cartel overcharges: survey and meta-analysis», *International Journal of Industrial Organization*, vol. 24.
- CUERDO, M., y BRIONES, J. (2013): «Análisis económico de la imposición de multas en expedientes sancionadores de defensa de la competencia», en GUILLÉN CARAMÉS, J. (ed.), *Cuestiones actuales de procedimiento sancionador en Derecho de la competencia*, Civitas.
- ESCUADERO, A. (2014): *Multas a empresas: imputabilidad de las matrices y determinación del importe de las sanciones*, Paper presentado al IV Seminario sobre Acuerdos Restrictivos de la Competencia del proyecto de investigación DER2011-27249, Madrid, Universidad CEU San Pablo, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia (inédito).
- GARCÍA-VERDUGO, J. (2015): *Una evaluación económica de la revisión judicial de las sanciones impuestas por la CNMC por infracciones anticompetitivas*, WP CEU-Instituto Universitario de Estudios Europeos, Serie Política de la Competencia núm. 48.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J., y GONZÁLEZ NAVARRO, F. (2012): *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, 5.ª ed., Cizur Menor (Navarra), Civitas.
- HUERGO LORA, A. (2007): *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel.
- LILLO ÁLVAREZ, C. (2014): «La Audiencia Nacional antes las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 15.

- LOZANO CUTANDA, B. (2010): *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid, Iustel.
- MARCO COLINO, S. (2014): *En busca de una multa perfecta: el valor disuasorio de las sanciones impuestas a los cárteles en el Derecho español de la Competencia*, V Seminario sobre Acuerdos Restrictivos de la Competencia del proyecto de investigación DER2011-27249, Madrid, Universidad CEU San Pablo, Instituto Universitario de Estudios Europeos, Centro de Política de la Competencia (inérito).
- MARCOS, F. (2015): «Blowing hot and cold: the last Word of the Supreme Court on setting fines for competition law infringement in Spain», *Working Paper IE Law School*, AJ8-220-1.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. (2012): «Artículo 63. Sanciones y Artículo 64. Criterios para la determinación del importe de las sanciones», en VVAA, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Cizur Menor (Navarra), Civitas-Thomson Reuters, pp. 989 y ss.
- MEDRANO, S. (2014): «La fijación de multas por infracciones de competencia: garantías, eficacia y crisis del sistema», en PEDRAZ, M., y ORDÓÑEZ, D., *El Derecho europeo de la competencia y su aplicación en España. Liber Amicorum dedicado a Santiago Martínez Lage*, Wolters Kluwer.
- MOTTA, M. (2008): «On Cartel deterrence and fines in the EU», *European Competition Law Review*, vol. 29, n. 4.
- NIETO, A. (2012): *Derecho administrativo sancionador*, 5.ª ed., Madrid, Tecnos.
- PADILLA, J., y ZOIDO, E. (2008): «El papel disuasorio de las sanciones: una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias», en MARTÍNEZ LAGE, S., y PETITBÓ, A., *Remedios y sanciones en el Derecho de la competencia*, Madrid, Marcial Pons-Fundación Rafael del Pino.
- PADROS REIG, C. (2013): «La presencia de la Administración Pública en cárteles privados: la regulación administrativo-colusoria», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 32.
- (2015): «Los poderes normativos de las autoridades de defensa de la competencia en el control de los cárteles», en BENEYTO PÉREZ, J. M., y MAILLO GONZÁLEZ ORUS, J., *La lucha contra los cárteles en España*, Civitas-Thomson Reuters.
- PEDRAZ CALVO, M. (2004): «Algunas cuestiones relativas a la determinación del importe de las sanciones en defensa de la competencia», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, núm. 34.
- SÁNCHEZ, I. (2009): «La nueva comunicación de sanciones por infracciones de las normas de competencia», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 10, julio-agosto.
- SOPEÑA BLANCO, V., y OTERO OTERO, H. (2014): «La reciente doctrina de la Audiencia Nacional en torno al cálculo de las multas por infracciones de la Ley 15/2007, de defensa de la competencia: ¿hacia el fin de una política de competencia eficaz?», *Anuario de la Competencia 2013*, Madrid, Fundación ICO-Marcial Pons.
- TRAMOYERES, P., y MEDRANO, S. (2006): «¿Son inconstitucionales las normas sancionadoras de la Ley de Defensa de la Competencia? (reconsideración a la luz de la Sentencia 100/2003, del Tribunal Constitucional)», *Gaceta Jurídica de la UE y de la Competencia*, núm. 241.
- VIDE, A. (2008): «Artículo 63 y Artículo 64», en ODRIÓZOLA, M. (dir.), *Derecho Español de la Competencia*, Barcelona, Bosch.

RESPONSABILIDAD PERSONAL DE DIRECTIVOS PARTICÍPES EN INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: INCENTIVO AÑADIDO AL CUMPLIMIENTO*

María ÁLVAREZ SAN JOSÉ

Doctora en Derecho
Cuerpo Superior Administradores Civiles del Estado
Jefe de Área, Asesoría Jurídica CNMC

1. INTRODUCCIÓN

Cuando se da a conocer que una autoridad de competencia ha incoado un procedimiento sancionador, los interesados en estas temáticas leen la correspondiente nota breve que hace pública la incoación a la búsqueda de información relativa al tipo de conducta que se investiga, el mercado que pueda ser afectado y la identidad de las empresas interesadas en el procedimiento. Si la prensa se hace eco de la noticia puede especular sobre los operadores afectados y sobre el eventual daño a consumidores, en su caso, que hayan podido provocar las conductas que se investigan. Los competidores no partícipes en la conducta, los proveedores y los empleados de los incoados pueden incluso hacer cálculos o hipótesis sobre la posibilidad y repercusión en cada caso de que el procedimiento sancionador finalice con la imposición de multas a las empresas declaradas infractoras. Lo que no suele producirse es una reflexión sobre cuáles puedan ser las consecuencias de tal procedimiento para los directivos y representantes de las empresas que protagonizaron los acuerdos, decisiones, recomendaciones, etc., que hayan podido infringir la normativa de competencia.

Sin embargo, la posibilidad teórica de que la incoación de un expediente sancionador por vulneración de la normativa de competencia alcance no solo a la empresa presuntamente infractora sino también a sus directivos y representantes, y que ello pueda derivar en la imposición de multas a los

* Los puntos de vista expresados en este artículo son personales y en ningún caso representan la posición de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. La autora quiere agradecer a Joaquim Hortalà i Vallvé y a Diego Castro-Villacañas sus observaciones sobre versiones iniciales de algunos apartados del trabajo.

mismos, es una perspectiva que ha cobrado cierta actualidad. La afamada Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 29 de enero de 2015, al hilo de clarificar aspectos controvertidos de la interpretación y aplicación del régimen sancionador contenido en los arts. 62 y 63 de la LDC, realiza una nada velada invitación a explorar esta vía de disuasión¹. No menos clara resulta la declaración de intenciones al respecto formulada por el presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en su comparecencia el 22 de abril de 2015 en la Comisión de Economía y Competitividad del Senado, para informar a petición de un grupo parlamentario sobre el Plan de Actuación 2015 de la CNMC: «[...] la capacidad disuasoria del sistema sancionador puede apoyarse —y esta es una vía que queremos potenciar— acudiendo a lo dispuesto en el art. 63.2 de la Ley de Defensa de la Competencia, que prevé multas de hasta 60.000 euros a los directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión prohibida [...]»².

El objetivo perseguido a través de la exigencia de responsabilidad personal por ilícitos de la competencia es doble y coincide con el que impulsa la política de competencia en general: detección y, sobre todo, disuasión. Asimismo, desde una perspectiva de política pública, puede ser un mecanismo para incrementar la credibilidad del sistema y aumentar el coste reputacional que deberían conllevar este tipo de sanciones³.

La aplicación rigurosa, solo en el primer sentido del término, de las multas personales en supuestos de conductas prohibidas, puede jugar un papel estratégico para que los administradores y directivos de cualquier entidad que ejerza una actividad económica perciban el incumplimiento de la normativa *antitrust* como un asunto de riesgo personal, no solo de riesgo empresarial, adaptando su conducta en consecuencia.

El propósito de los primeros epígrafes del trabajo es exponer, tras un somero examen de la experiencia comparada en materia de multas a directivos, la regulación positiva de la responsabilidad personal por infracciones de la competencia, así como la práctica hasta la fecha de la autoridad de la competencia española. Seguidamente se analiza la potencialidad de la figura, en particular en el contexto de la persecución de las más graves

¹ STS, Sala de lo Contencioso, rec. 1872/2013 (FD 9.º): «No debe olvidarse, en fin, que el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el art. 63.2 de la Ley 15/2007, que permite imponer multas de hasta 60.000 euros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras) o bien un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas. [...] Se pretende de este modo aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras —y sus directivos— no solo “sufren” la sanción administrativa correspondiente sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta».

² *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 444, p. 6.

³ Se refiere al distinto grado de reproche social que tradicionalmente acompaña a los ilícitos *antitrust* en Estados Unidos y Europa. W. WILS, *The Optimal Enforcement of EC Antitrust Law: Essays in Law & Economics*, 2002, pp. 223-224.

infracciones del Derecho *antitrust*. El trabajo concluye apuntando algunos posibles desafíos o cuestiones abiertas que suscita la responsabilidad personal por conductas infractoras de la LDC.

2. LAS DIFERENCIAS ENTRE EL MODELO COMUNITARIO Y EL MODELO DE ALGUNOS ESTADOS MIEMBROS Y PAÍSES TERCEROS

El marco normativo sobre defensa de la competencia a nivel comunitario solo contempla la imposición de multas a empresas (*undertaking*) infractoras. Muchas voces señalan que ese mecanismo de aplicación pública de la normativa sobre ilícitos competenciales puede haberse revelado como insuficiente, especialmente desde que el progresivo incremento en la cuantía de las multas no se percibe que traiga como consecuencia un nivel suficiente de disuasión, a la vista de la no disminución del número de cárteles que se detectan, así como de los datos sobre reincidencia en la infracción⁴.

Existe un debate sobre la necesidad de proporcionar instrumentos adicionales a la Comisión Europea, dada la constatación de que las multas pecuniarias a las empresas infractoras resultan ser *de facto* muy inferiores a lo necesario para garantizar la disuasión anhelada, siendo a su vez la percepción generalizada el que su incremento exponencial viene desaconsejado por un conjunto de consideraciones vinculadas a la exigencia de proporcionalidad y al riesgo de que los costes de la multa sean finalmente trasladados al consumidor en forma de incrementos en los precios, o bien a otros agentes no directamente responsables de la infracción (trabajadores, acreedores de la empresa infractora, proveedores, etc.)⁵.

Junto al objetivo esencial de incrementar la disuasión, se han planteado asimismo argumentos de orden valorativo o de coherencia para introducir en la normativa comunitaria las sanciones a los particulares responsables de la infracción. Así, se apunta a la contradicción que puede suponer respecto del actual régimen de responsabilidad matriz-filial, que implica sancionar a empresas (las matrices) que no han participado directamente como tales en la conducta (realizada por sus filiales), en virtud de la presunción derivada del asentado criterio jurisprudencial del ejercicio de «influencia decisiva sobre la política comercial de una filial», mientras que el papel determinante de los directivos en la comisión de la infracción no recibe sanción inmediata⁶.

⁴ W. WILS, «Recidivism in EU Antitrust Enforcement: A Legal and Economic Analysis», *World Competition*, 33(1), 2012, pp. 5-29. También, C. VEJANOVSKI, «Deterrence, Recidivism and European Cartel Fines», *Journal of Competition Law and Economics*, 7(4), 2011, pp. 871-915.

⁵ K. KOKKINAKI, «An Assessment of the Penalties System for Infringements of EU Competition Law: Can Personal Sanctions be the Missing Piece of the Puzzle?», *IES Working Paper 6/2013*. También, M. POWELL y G. MCKELVEY, «Director Disqualification as a Complement to EU Antitrust Fines: Towards a More Balanced Sanctions Policy», *CPI Antitrust Journal*, diciembre de 2010.

⁶ K. KOKKINAKI, «An Assessment of the Penalties System for Infringements of EU Competition Law: Can Personal Sanctions be the Missing Piece of the Puzzle?», *IES Working Paper 6/2013*.

El tenor literal de los arts. 101 y 102 del TFUE y su mención exclusiva a *undertaking* ha llevado a posiciones enfrentadas respecto a la necesidad o no de que el texto del Tratado sea modificado para incluir a personas físicas entre los posibles infractores del Derecho de la competencia, como paso previo a introducir multas a particulares⁷.

La concepción comunitaria de la persona jurídica como destinataria exclusiva de las sanciones por conductas vulneradoras de los arts. 101 y 102 TFUE coincide básicamente con la práctica sancionadora de los Estados miembros, pero no necesariamente con sus previsiones normativas. Pese a las dificultades prácticas que plantea su aplicación, los Derechos nacionales de numerosos Estados miembros no solo prevén sanciones pecuniarias para personas físicas por conductas *antitrust*, sino que establecen para ciertos casos la imposición de sanciones de carácter penal⁸.

Así, en Reino Unido cabe aplicar pena privativa de libertad, de hasta cinco años, a particulares que hubiesen participado en acuerdos de fijación de precios o manipulación de licitaciones⁹. Las multas pecuniarias para idénticos casos se establecen sin límite cuantitativo expreso¹⁰. Además de las multas económicas y las penales privativas de libertad, en el Derecho británico se añade con un protagonismo creciente la sanción de *disqualification*, esto es, inhabilitación para ser directivo en cualquier mercantil constituida en Reino Unido o con vinculación societaria con el Reino Unido, así como para participar en la constitución o administración de una mercantil. La *disqualification* puede prolongarse hasta quince años y conlleva la incorporación en una base de datos de *disqualified directors*, la previsión de sanciones penales de privación de libertad de hasta dos años en caso de vulneración de la prohibición y responsabilidades para aquellos que actúen como directivos «de paja» bajo las instrucciones de una persona física sancionada con *disqualification*¹¹. En Irlanda, mediante reforma de 2012 se introdujo en la normativa de competencia la pena privativa de

⁷ Ello coincide parcialmente con un debate sobre la base legal utilizable para la introducción de sanciones penales en el ámbito del Derecho europeo de la competencia, véase W. WILS, «Does the effective enforcement of Articles 81 and 82 EC require not only fines on undertakings but also individual penalties, in particular imprisonment?», en EHLERMAN y ATANASIU (eds.), *European competition Law Annual 2001*, Oxford/Portland Oregon, Hart Publishing, 2001. Véase también, A. LOZANO MANEIRO, «La criminalización de los cárteles en la Unión Europea», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 763 y ss.

⁸ En 19 de los 27 Estados miembros se prevén sanciones económicas para personas físicas infractoras del Derecho de la competencia, mientras que 14 Estados miembros establecen además sanciones penales. Véase P. PÉREZ FERNÁNDEZ, *Repaso de las sanciones penales por ilícitos competitivos en Europa*, 1 de julio de 2013, www.almacendederecho.org. También, M. SLOTBOOM, «Individual Liability for Cartel Infringements in the EU: An Increasingly Dangerous Minefield», kluwecompetitionlawblog.com.

⁹ Sobre esta cuestión, en extenso, véase M. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «La criminalización de los “Hardcore Cartels”: reflexiones a partir de la experiencia de Estados Unidos y Reino Unido», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La Lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 795 y ss.

¹⁰ Section 190 Enterprise Act, 2002.

¹¹ Company Directors Disqualification Act 1986, tras las enmiendas introducidas por la Enterprise Act 2002.

libertad de hasta diez años para particulares respecto de los que se acredite su participación en un cártel¹².

En Alemania, la pena privativa de libertad, de hasta cinco años, se reserva para los casos de directivos que hayan participado en la manipulación de licitaciones (§ 298 StGB). Asimismo, la normativa alemana prevé que a las personas físicas que hubiesen participado en cárteles se les pueden imponer multas de hasta un millón de euros (§ 81.4). En el año 2014 la *Bundeskartellamt* impuso multas a 67 empresas y 80 personas jurídicas, por infracciones *antitrust*¹³.

También en Francia cabe sancionar con pena privativa de libertad, de hasta cuatro años, y multa pecuniaria, de hasta 75.000 euros, a quienes hubieran participado de forma «fraudulenta y decisiva» en la «concepción, organización y ejecución» de las conductas anticompetitivas (art. L 420-6 CCo).

En el ordenamiento de referencia en la materia fuera de Europa, Estados Unidos, tras la reforma normativa adoptada en 2004, las penas privativas de libertad pueden alcanzar los diez años, por las más graves conductas de participación en cárteles¹⁴.

Pese a las previsiones normativas de los países recién citados, los datos estadísticos sobre efectiva aplicación de las sanciones penales previstas para personas físicas infractoras de las normas *antitrust* ponen de manifiesto su escaso uso, como regla. En el caso británico, la introducción de la figura de la *disqualification* supone de hecho una reacción a la exigua consecución de sanciones penales privativas de libertad, por razones de diversa índole¹⁵.

El Código Penal español prevé como tipos delictivos la alteración de precios en concursos y subastas públicas (art. 262), la detracción de materias primas o productos de primera necesidad (art. 281) y la alteración de los precios (art. 284.1). Esos delitos, que cabe asociar a conductas subsumi-

¹² Section 8, Competition Act. Véase, destacando las ventajas de la figura frente a otros sistemas de sanción personal, A. STEPHAN, «Disqualification Orders for Directors Involved in Cartels», *Journal for European Competition Law & Practice*, disponible en <http://competitionpolicy.ac.uk/documents/8158338/8253131/CCP+Working+Paper+11-8.pdf/ea5c93de-88c0-4655-a280-e9311e2492f9>.

¹³ Una reciente sentencia del más alto tribunal en material laboral de Düsseldorf (Sentencia de 20 de enero de 2015, 16 Sa458/14) ha considerado que la diferente previsión relativa al límite cuantitativo de las multas que pueden imponerse a personas jurídicas (hasta el 10 por 100 del total de ingresos de la empresa) y físicas (un millón de euros, como se acaba de señalar en el texto), impide que la empresa pueda reclamar a su vez al directivo responsable la multa administrativa impuesta a la mercantil.

¹⁴ Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act; anteriormente las penas de prisión preveían tres años; se incorpora además un incremento en el importe máximo de la multa a personas físicas, que pasa de 350.000 dólares a un millón. Resulta interesante consultar el Informe de julio de 2011 de la Government Accountability Office sobre los efectos de la reforma, disponible en <http://www.gao.gov/assets/330/321794.pdf>.

¹⁵ M. GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ, «La criminalización de los “Hardcore Cartels”: reflexiones a partir de la experiencia de Estados Unidos y Reino Unido», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 795 y ss.

bles en los arts. 1 y 2 de la LDC, se sancionan con penas privativas de libertad de uno a tres/cinco años, además de una multa de 12 a 24 meses y una inhabilitación especial para futuras licitaciones¹⁶. No obstante, la carestía de condenas penales impuestas por estos delitos hasta la fecha avala el escepticismo de los autores sobre las posibilidades de aplicación práctica de la citada normativa penal, «debido a las exigencias derivadas del principio de legalidad (que exige que la conducta de que se trate coincida con alguno de los tipos penales establecidos) y el hecho de que resulta muy complicado, en la práctica, que una infracción del Derecho de la competencia encaje en alguno de los tipos establecidos en dichos artículos»¹⁷. Así, por ejemplo, al regular la alteración de precios en concursos y subastas públicas, se menciona expresamente en el art. 262 del CP el «precio de remate», relacionado con las subastas y no con los concursos, que es donde se generan los casos de cárteles en licitaciones. Ello se ha considerado que impediría subsumir el acuerdo o práctica concertada en el delito de alteración de precios en concursos y subastas¹⁸.

La percepción de que las multas a las personas jurídicas infractoras no generan el nivel de disuasión deseable y la constatación de que la sanción penal a los administradores y directivos, en el caso de preverse normativamente, por distintos motivos queda desactivada o reservada a casos límite, así como los temores sobre su posible repercusión negativa sobre los incentivos para la presentación de solicitudes de clemencia, aconsejan activar el otro instrumento disponible para sancionar las vulneraciones del Derecho *antitrust* y potencialmente apto para incrementar el perseguido efecto disuasorio.

3. EL RÉGIMEN DEL ART. 63.2 DE LA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA ESPAÑOLA

El art. 63.2 de la LDC, en sede de «sanciones», señala: «Además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona

¹⁶ La normativa sancionadora administrativa postula la subordinación de la actividad sancionadora o disciplinaria a la actividad judicial penal, que tiene prevalencia. Así, el art. 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el procedimiento de ejercicio de la potestad sancionadora, establece: «1. En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal, solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación. [...] 2. Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial».

¹⁷ A. VIDE, «Comentario al artículo 63», en M. ODRIOZOLA y B. IRISSARRY (coords.), *Derecho español de la competencia, Comentarios a la Ley 15/2007, RD 261/2008 y Ley 1/2002*, t. II, Bosch, 2008, p. 1092.

¹⁸ Véase A. MENDO ESTRELLA, «Sobre la criminalización de los cárteles económicos en España», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 815-841, donde se incluyen otros ejemplos de dificultades para subsumir conductas de cártel en delitos tipificados en el Código Penal.

jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión».

El segundo párrafo del art. 63.2 de la LDC matiza que quedan excluidas de la sanción 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.

El antecedente inmediato de esta previsión lo constituye el art. 10.3 de la LDC 16/1989, de 17 de julio, que contenía una previsión idéntica, solo diferenciada en el importe de la sanción (hasta 30.000 euros).

Una primera cuestión que suscita la lectura del art. 63.2 de la LDC 2007 es la determinación exacta de los posibles sujetos pasivos de la sanción pecuniaria. El art. 61.1 de la LDC prevé que «serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta Ley». Queda claro que, si bien la infracción de la competencia conforme al Derecho nacional puede ser cometida también por personas físicas, el régimen del art. 63.2 de la LDC se activa cuando existe una persona jurídica infractora, supuesto que será además el más común. La persona física que puede ser sancionada con multa de hasta 60.000 euros es aquella que, teniendo o habiendo tenido determinada relación con la persona jurídica infractora al tiempo o durante parte del periodo de la conducta *antitrust*, haya intervenido en la misma.

De modo análogo a lo que sucede en el Derecho de la competencia con otros términos (unidad económica, mercado relevante, etc.), el empleo de conceptos relativamente indeterminados como el de «órganos directivos» que utiliza la LDC tiene por objeto dotar de eficacia a la norma en protección del bien jurídico tutelado¹⁹.

Cuando la LDC se refiere a infractor «persona jurídica», el caso más habitual que se plantea en la práctica es el de una sociedad de capital. No obstante, cabe también pensar en que la sancionada sea otra categoría de persona jurídica, asociaciones, por ejemplo, frecuentemente objeto de resoluciones sancionadoras por infracciones de la competencia.

Dado que cada tipología de persona jurídica que ejerce una actividad económica, y por tanto susceptible de vulnerar las normas de competencia, tiene una específica regulación y denominación para sus órganos, colegiados o unipersonales, de administración y dirección, el concepto «órganos directivos» empleado por el art. 62.3 de la LDC permite abarcarlos a todos, siempre que cumplan determinadas condiciones de autonomía y capacidad de decisión, que son comunes a todos estos órganos.

¹⁹ Véase, en análogo sentido, respecto de los ilícitos abiertos, con cláusulas generales prohibitivas en base a conceptos jurídicos indeterminados, empleados por el Derecho de la competencia, J. COSTAS COMESAÑA, «Notas sobre el ámbito de aplicación del concepto de unidad económica en el Derecho de la Competencia», en *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Aranzadi, 2013, p. 222.

Una primera categoría de personas físicas que encaja en la previsión del art. 63.2 de la LDC es la de los administradores y/o representantes, *de iure* o *de facto*, de la empresa infractora.

En el caso de las sociedades de capital, es mención obligada de la escritura de constitución señalar la identidad de la «persona o personas que se encarguen inicialmente de la administración y de la representación de la sociedad» [art. 22.1.c)] y en los estatutos sociales debe constar el modo de organizar la administración de la sociedad (administrador único, varios administradores que actúen de forma solidaria o conjunta o consejo de administración) y el número de administradores. Como cabe que los administradores de la sociedad de capital sean personas jurídicas, la Ley de Sociedades de Capital se ocupa de señalar que en este caso es necesario que esta última designe a una sola persona natural para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo (art. 212 bis.1). El nombramiento de los administradores, una vez aceptado, deberá ser presentado a inscripción en el Registro Mercantil haciendo constar la identidad de los nombrados y, en relación a los administradores que tengan atribuida la representación de la sociedad, si pueden actuar por sí solos o necesitan hacerlo conjuntamente (art. 215).

Respecto de la precisión del art. 63.2 de la LDC relativa a «que hayan intervenido en el acuerdo o decisión», hay que señalar que cuando el órgano de administración es un consejo, normalmente este estará válidamente constituido por la mayoría de vocales y los acuerdos se adoptan por mayoría absoluta de consejeros concurrentes a la sesión (arts. 245 y ss. de la LSC). Cabe por tanto que o bien por ausencia o bien por separarse expresamente con su voto de la decisión o acuerdo constitutivo de la infracción, no corresponda imponer la multa por infracción del Derecho de la competencia a determinados administradores. A ello hace referencia precisamente el último párrafo del art. 63.2 *in fine*.

El concepto de representante legal, persona que integra los órganos directivos o los órganos colegiados de administración, por tanto, remite en un primer lugar a quien conste como tal, en el sentido de que se haya efectuado el correspondiente nombramiento como tal administrador/representante de acuerdo a las normas legales que rigen la respectiva modalidad societaria.

No obstante, para atender a la realidad económica y de funcionamiento práctico de las empresas, más allá de la realidad registral o de nomenclatura utilizada para los cargos, tanto la normativa relevante como la jurisprudencia han realizado una interpretación que permite también sancionar a los conocidos como *shadow director*, para abarcar a cualquiera con influencia efectiva, esto es, con capacidad de decisión sobre la conducta infractora, siempre que *de facto* actúe en nombre de la empresa y desarrolle funciones que como regla pueden ser llevadas a cabo solo por los miembros del órgano de dirección.

Se prevé que los administradores responderán frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores sociales, del daño que causen por

actos u omisiones contrarios a la ley o a los estatutos o por los realizados incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo, siempre y cuando haya intervenido dolo o culpa. La culpabilidad se presumirá, salvo prueba en contrario, cuando el acto sea contrario a la ley o a los estatutos sociales. La Ley de Sociedades de Capital extiende el régimen de responsabilidad de los administradores a los llamados «administradores de hecho» (art. 236.3), e incluye una definición legal de la figura: «A tal fin, tendrá la consideración de administrador de hecho tanto la persona que en la realidad del tráfico desempeñe sin título, con un título nulo o extinguido, o con otro título, las funciones propias de administrador, como, en su caso, aquella bajo cuyas instrucciones actúen los administradores de la sociedad».

El Código Penal, por su parte, establece en el art. 31 (Responsabilidad criminal del representante de una persona jurídica): «El que actúe como administrador de hecho o de Derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación obre».

Esa extensión legal de responsabilidad al administrador de hecho *notorio* ha sido asimismo acogida jurisprudencialmente para el administrador de hecho *oculto*, entendiéndose por tal al que actúa en otra condición o bien al que permanece en el anonimato.

Resulta relevante que, incluso en el más estricto ámbito penal, el Tribunal Supremo también priorice la realidad económica y comercial frente a la registral: «El concepto de administrador de Derecho no presenta especiales problemas. Por tal ha de entenderse a quien tiene efectuado el nombramiento como tal administrador de acuerdo a las normas legales que rigen la respectiva modalidad societaria. Mayores problemas plantea la inteligencia de lo que deba entenderse por administrador de hecho. Una concepción restringida incluiría en su entendimiento el concepto puramente mercantil del término, es decir, aquel que pudiendo ser administrador de Derecho no pueda, todavía, serlo por no reunir las condiciones de nombramiento, por falta de aceptación o de inscripción registral o de mantenimiento y prórroga del mandato, o supuestos de formación social a los que se alude en preceptos del ordenamiento mercantil. Esta acepción supondría una subordinación del ordenamiento penal al mercantil sin base legal que lo permitiera y dejaría al margen del Derecho penal situaciones fácticas del mundo comercial en el que intervienen personas con funciones reales de administración formalmente no señaladas en sus respectivas normas de funcionamiento. Es por ello que la doctrina ha optado por una interpretación que permite integrar en su comprensión a las situaciones de ejercicio real de las funciones de administración dando preferencia a la realidad económica y comercial frente a la realidad registral, de manera que puedan solventarse a través de esta concepción los supuestos de autoría mediata o de la inducción y cubrirse lagunas de punibilidad aprovechando las formalidades previstas

en el ordenamiento para la administración de la sociedad». Así, desde esta perspectiva será administrador de hecho quien sin ostentar formalmente la condición de administrador de la sociedad, ejerza poderes de decisión de la sociedad y concretando en él los poderes de un administrador de Derecho. Es la persona que, en realidad manda en la empresa, ejerciendo en los actos de administración, de obligación de la empresa, aunque formalmente sean realizadas por otra persona que figure como su administrador [...]. Por tanto, en la concepción de administrador de hecho no ha de estarse a la formalización del nombramiento, de acuerdo a la respectiva modalidad societaria, ni a la jerarquía ni al entramado social, sino a la realización efectiva de funciones de administración, del poder de decisión de la sociedad, la realización material de funciones de dirección» (Sentencia núm. 59/2007, Sala 2.^a, de lo Penal, de 26 de enero).

Muy claramente también, la STS 606/2010, de 25 de junio, conceptualiza a los administradores de hecho como «quienes eludiendo la investidura formal, deciden de hecho la actuación de la persona jurídica, bien en ausencia de administradores formales, bien porque existiendo estos, influyen decisivamente sobre los mismos». En esta sentencia, el TS además de incluir en el concepto a los administradores que, habiendo ostentado formalmente el cargo, son privados de este por nulidad de la designación o finalización del mandato cuando, de hecho, sigan ejerciendo las mismas atribuciones, añade que lo serán quienes actúan en tal concepto, sin previo nombramiento o designación, «si su actuación como tales administradores, además, se desenvuelve en condiciones de autonomía o independencia y de manera duradera en el tiempo».

En el ámbito ya no penal, sino civil, diversas Audiencias provinciales se han pronunciado de forma coincidente sobre las notas esenciales que deben concurrir para concluir que estamos ante un administrador de hecho: «a) elemento esencial es la autonomía o falta de subordinación a un órgano de la administración social, de tal modo que pueda razonablemente entenderse que esa persona, al margen de un nombramiento formal o regular, está ejercitando en la práctica cotidiana las funciones del poder efectivo de gestión, administración y gobierno de que se trate, asumiendo la sociedad los actos de esa persona como vinculantes para ella y por tanto, como expresión de la voluntad social; b) la habitualidad en el ejercicio de tales funciones, permanencia o continuidad que excluyen una intervención puntual en la gestión de la sociedad, y c) cierta calidad en el ejercicio de dichas funciones, con exclusión de este concepto a aquellos cuya actuación se quede en la esfera previa a la decisión, lo que no es sino consecuencia del requisito de la autonomía de decisión» (SAP de La Coruña, Sección 4.^a, núm. 312/2011, de 6 de julio)²⁰.

²⁰ En análogo sentido, SAP de Pontevedra (624/2009), de 17 de diciembre, o SAP de La Rioja (1/2011), de 5 de enero. Véase completo análisis y otras sentencias en idéntico sentido citadas por E. ASTARLOA, «¿Por fin un concepto unívoco de “administrador de hecho” en Derecho penal y Derecho societario?», *Actualidad Jurídica Uría y Menéndez número especial Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, 2011, pp. 60 y ss.

La amplitud con la que el art. 63.2 de la LDC emplea los términos para referirse a las personas naturales que pueden ser multadas en caso de infracción cometida por una persona jurídica permite considerar incluidos a un tercer grupo de personas físicas, además de aquellas que ostentan el cargo de administradores o miembros del consejo de administración (administradores legales) o bien deban ser considerados administradores conforme a lo anteriormente señalado (administradores *de facto*). Se trata del «personal directivo» sujeto normalmente a una relación laboral de carácter especial. En algunos casos estos mismos directivos forman parte del consejo de administración, bien como consejeros consultivos o bien como consejeros ejecutivos (art. 249 de la LSC). Tanto en el primer caso como si su trabajo es exclusivamente el propio de la alta dirección, el tenor del art. 63.2 de la LDC permitiría que se les impusiera la correspondiente multa en función de su intervención en la práctica infractora.

En este contexto, conviene citar la definición que de personal de alta dirección recoge la norma por la que se regula esa relación laboral de carácter especial: «Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad»²¹.

El alto directivo se caracteriza por desempeñar un efectivo poder de decisión en la empresa, con total autonomía y reportando directamente al órgano de administración. El Tribunal Supremo ha señalado que las facultades otorgadas, además de afectar a áreas funcionales de indiscutible importancia para la vida de la empresa, han de estar referidas normalmente a la íntegra actividad de la misma o a aspectos trascendentales de sus objetivos, con dimensión territorial plena, o referida a zonas o centros de trabajo nucleares para su actividad²². Resulta significativo en este sentido el que la Ley de Sociedades de Capital reserve diversas previsiones²³ para «consejeros ejecutivos o altos directivos», tratando de modo común ambas categorías.

Asimismo, entre las personas físicas susceptibles de ser sancionadas conforme al art. 63.2 de la LDC debe incluirse al directivo común, por oposición al alto directivo. Si el directivo no ostenta los poderes relativos a objetivos generales de la compañía que caracterizan a un alto directivo, aunque ostente poderes amplios en una o varias áreas de ella (marketing, ventas, etc.) no se tratará de un alto directivo, sino de un directivo común. Esa diferenciación se deberá concretar en la necesidad de acreditar caso por caso los elementos de autonomía y capacidad de decisión que permiten concluir que ese directivo común ha intervenido en el acuerdo o práctica

²¹ Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, art. 1.Dos

²² SSTs, Sala de lo Social, de 24 de enero de 1990 y, Sala IV, de 22 de abril de 1997.

²³ Arts. 529 duodecies.1, 529 duodecies. 4.d), e), f) y g), 260 Décima, 540.4.d).

con capacidad de decidir autónomamente y representando a la empresa en cuanto a que su actuación efectivamente determinaba la conducta de la empresa.

La Ley de Sociedades de Capital incluye provisiones vinculadas a la responsabilidad de los gestores de las sociedades (p. ej., en materia de negocios sobre las propias participaciones y acciones) que resultan muy ilustrativas de que la atención a la realidad económica subyacente más allá de la registral o nominal es una constante en materia societaria. Así, el art. 157.3 de la LSC prevé: «Se reputarán como responsables de la infracción a los administradores de la sociedad infractora y, en su caso, a los de la sociedad dominante que hayan inducido a cometer la infracción. Se considerarán como administradores no solo a los miembros del consejo de administración, sino también a los directivos o personas con poder de representación de la sociedad infractora».

También en el ámbito penal se emplea un concepto extenso de administrador y directivo: «De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las [personas jurídicas], y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma» (art. 31 bis CP).

Dado que en el ámbito administrativo sancionador el estándar de garantías es reconocidamente inferior al penal²⁴, estos precedentes justifican una interpretación no rigorista de los términos «representantes legales» y «personas que integran los órganos directivos» que emplea el art. 63.2 de la LDC, pudiendo incluir, atendiendo a las circunstancias del caso, a empleados con facultades para obligar a la empresa, aunque no ostenten la condición formal de directivos en sus organigramas.

La argumentación expuesta en los párrafos anteriores es de aplicación a asociaciones y otras entidades de carácter no mercantil, con las correspondientes correcciones. Esto es, será posible sancionar a los representantes y personas que integren los órganos directivos de tales personas jurídicas que hayan intervenido en la conducta infractora.

Así, la Ley Orgánica 1/2002, de asociaciones establece que entre el contenido obligado de los Estatutos se incluya la indicación de los órganos de gobierno y representación y su composición (art. 7). También se prevé que las facultades del órgano de representación se extenderán, con carácter general, a todos los actos propios de las finalidades de la asociación (art. 12).

²⁴ Véase SAN de 29 de septiembre de 1997, confirmadora de la RCN de 25 de mayo de 1993 (Expte. 322/92, *FACONAUTO*) frente al recurso interpuesto por la persona física sancionada, respecto de la diferencia entre los principios de Derecho *administrativo* sancionador y *penal*: «Aunque los principios de Derecho penal son aplicables al procedimiento administrativo sancionador, la aplicación en vía administrativa no es idéntica a la operada en un proceso penal. En este la intensidad de las garantías es muy superior a la que pueda observarse en la aplicación de las normas en otros ámbitos jurídicos» (FD 4.º).

De nuevo, cabría apoyarse en los precedentes normativos de sectores particularmente garantistas como es el penal y en la construcción jurisprudencial asentada en el ámbito penal y civil para que prevalezcan las situaciones de «ejercicio real de las funciones de administración y representación de la asociación», dando preferencia a la realidad acreditada del funcionamiento de la asociación frente a la realidad registral o nominal, en los casos en los que se detecte una divergencia.

Como se ha señalado *supra*, el empleo por la LDC de conceptos autónomos de carácter funcional, la definición amplia de empresa a los efectos del Derecho de la competencia y la necesidad de garantizar el efecto útil de las normas de competencia para proteger el orden público económico como bien jurídico tutelado²⁵, permite la sanción ex art. 63.2 LDC a las personas físicas miembros de asociaciones, colegios profesionales, consejos reguladores, etc., que hayan intervenido en el acuerdo o decisión vulnerador de la LDC en ejercicio de funciones de administración y/o representación de tales personas jurídicas. A tal efecto deberá atenderse a la realidad de la conducta desarrollada, con independencia de la existencia de nombramiento formal o no y de la terminología empleada por la persona jurídica para designar el cargo u ocupación de la persona física que realiza la conducta.

4. PRÁCTICA DE LA AUTORIDAD DE LA COMPETENCIA ESPAÑOLA EN LA IMPOSICIÓN DE SANCIONES A PERSONAS FÍSICAS

La Autoridad de la competencia española ha aplicado la previsión que permite imponer sanciones a personas físicas en una docena de casos. La característica común a la mayoría de los casos es que se sanciona a personas respecto de las que el Consejo dice apreciar una participación destacada en los hechos constitutivos de la infracción. Cabe subrayar también que entre los casos habidos abundan aquellos en los que la infractora no era una mercantil sino una persona jurídica de base asociativa.

A título informativo se relacionan y reseñan muy brevemente las resoluciones de aplicación del art. 10 de la LDC 1989 y art. 63 de la LDC 2007²⁶:

- Resolución de 25 de mayo de 1993 (Expte. 322/92), relativa a recomendación colectiva de aumento de precio de mano de obra de los talleres de los concesionarios de marca de automóviles por la Federación de Asociaciones de Concesionarios de Automoción (FACONAUTO). Se multa por importe de 100.000 pesetas al presidente de FACONAUTO por su activa e intencionada participación en los hechos. Sin embargo, al secretario de la Federación se le excluye

²⁵ En análogo sentido, J. COSTAS COMESAÑA, «Notas sobre el ámbito de aplicación del concepto de unidad económica en el Derecho de la Competencia», en *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la Competencia*, Aranzadi, 2013, p. 222.

²⁶ Todas ellas disponibles en la web de la CNMC.

de la multa porque «carece de poder de decisión en la adopción de acuerdos de la entidad al no tener voto en sus reuniones».

- Resolución de 13 de septiembre de 1993 (Expte. 320/92, *Boutiques Pan Asturias*), en relación a un acuerdo de fijación de precios; se señala la *actuación destacada e individualizada* del secretario de la Unión de Boutiques de Pan del Principado de Asturias, al que se impone una multa de 200.000 pesetas.
- Resolución de 8 de enero de 1996 (Expte. 359/95, *Lencería Gijón*); se multa a los presidentes de dos asociaciones infractoras, dado el papel relevante desempeñado por los mismos en la infracción, consistente en la adopción y puesta en práctica de la decisión de promover una campaña contra la política comercial de un empresario y ejercer acciones de presión sobre los proveedores del mismo para que no le suministrasen en tanto no cesara en su política agresiva de descuentos y promociones. Las multas ascienden a 100.000 y 50.000 pesetas.
- En resolución de idéntica fecha que la anterior (8 de enero de 1996, Expte. 337/93, *Zontur*) se sanciona a la Agrupación Hotelera de las Zonas Turísticas de España por una recomendación de precios, imponiendo a su presidente una sanción personal de 100.000 pesetas.
- Resolución de 21 de noviembre de 1996 (Expte. 378/96, *Asentadores de Pescado*) relativa a una infracción consistente en un acuerdo para obligar a la comercialización de pescado en las seis provincias que concentran mayor número de habitantes de España, a través de mayoristas titulares de puestos en los Mercas, excluyendo a otros competidores. En este caso se imponen multas de 500.000 pesetas a los miembros de la Junta Directiva de la Asociación Nacional de Asentadores y Entradores de Pescado de Mercados Centrales y Mercas y de un millón de pesetas al presidente de la Asociación, considerando que al ostentar la representación de la misma, ello «presupone una mayor actividad en la adopción y puesta en práctica del acuerdo». A otros asistentes a la Junta Directiva en la que se adoptó el acuerdo se les declara exentos de responsabilidad personal derivada de la infracción, por participar con la condición de meros asistentes y carecer de voz y voto.
- Resolución de 12 de diciembre de 1996 (Expte. 364/95, *Ortopédicos Castilla-León*), en la que se sanciona a la Asociación de Ortopédicos de Castilla y León como autora de una práctica de reparto de mercado y fijación de precios en el contexto de concursos administrativos. Se impone asimismo multa a tres personas físicas, miembros de la Junta Directiva de la Asociación, quienes «jugaron un papel decisivo en la adopción y puesta en práctica del acuerdo, que fue especialmente relevante en el caso de su presidente». Este fue sancionado con multa de 200.000 pesetas, el doble que cada uno de los otros dos miembros de la Junta.
- Resolución de 29 de marzo de 2000 (Expte. 452/99, *Taxis Barcelona*), en la que se sanciona como infracción del art. 1.1 LDC

de la 1989 el acuerdo entre distintas asociaciones y sindicatos del sector del taxi barcelonés por el que se decide contingentar en un determinado porcentaje las licencias de taxi que pueden ser utilizadas para trabajo a doble turno. En este caso el TDC no impone la multa que propone el SDC como órgano instructor: «[p]or lo que se refiere a la aplicación el art. 10.3 LDC solicitada por el Servicio, el Tribunal entiende que no ha lugar puesto que no ha quedado acreditado en el expediente protagonismo especial de los representantes legales de las entidades firmantes del acuerdo que hagan (*sic*) conveniente la aplicación de dicho artículo, por lo que no se les impone multa».

- La Resolución de 24 de octubre de 2001 (Expte. 503/00, *Feriantes Huesca*), impone multas de 150.000 pesetas cada uno a los representantes de una coordinadora provincial de empresarios y de una asociación, por su activa participación por la adopción coordinada de una recomendación a sus asociados de boicot a la *Feria de Agosto* de Huesca de 1998.
- Mediante Resolución de 3 de abril de 2007 (Expte. 611, *Excursiones Puerto de Sóller*), el TDC impone sanción de 6.000 euros, que califica como mínima por referencia al límite de 30.050 euros que fija el art. 10.3 LDC 1989, a la persona física administradora solidaria de una mercantil naviera y presidente del Consejo de Administración de Ferrocarril de Sóller, a consecuencia de una conducta de abuso de posición dominante, consistente en la subordinación de la obtención de plazas, horarios y descuentos en el tramo ferroviario de la excursión *Vuelta a la Isla* a la contratación del tramo en barco con una determinada naviera.
- Resolución de 26 de septiembre de 2012 (Expte. S/0335/11, *CEOE*), en la que el Consejo de la CNC sanciona a la CEOE por recomendación prohibida en el art. 1.1 LDC y en particular impone multa a un directivo de la misma señalando que en el caso la conducta infractora «no se ha limitado a intervenir (participando en su adopción o en su posterior ejecución) en una conducta infractora adoptada o acordada por un órgano interno de la CEOE (que es la conducta literalmente señalada como sancionable en el art. 63.2 de la LDC), sino que, sin que conste en el expediente acuerdo o decisión de órgano alguno de la CEOE para que realizase la recomendación acreditada, el Sr. [...], como directivo relevante de la organización empresarial, tomo la iniciativa de recomendar en representación de aquella una subida de precios, y lo hizo siendo consciente de los riesgos que desde la perspectiva de la defensa de la competencia entrañaba la realización de tales manifestaciones públicas, en el contexto y en los medios de comunicación que se realizaron». En relación al importe de la multa personal impuesta (50.000 euros), la Resolución define la responsabilidad personal establecida en el art. 63.2 de la LDC como «esencialmente disuasoria». Finalmente, la Audiencia Nacional, en Sentencia de 15 de octubre de 2013 anuló la sanción,

al apreciar falta de aptitud de las declaraciones controvertidas para constituir un ilícito competencial.

La relación de resoluciones adoptadas en aplicación de la regulación sobre multas personales a directivos y representantes revela un más abundante recurso a tal previsión bajo la vigencia de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989. La CNC aplicó el art. 63.2 de la LDC 2007 en una única ocasión. La CNMC no ha tenido oportunidad hasta la fecha de resolver ningún expediente en el que se haya incoado a una persona física²⁷.

Los precedentes de resoluciones de la autoridad de competencia española en los que se han impuesto sanciones a personas físicas, se vinculan a la apreciación por la Autoridad de la competencia de que el representante legal o directivo ha tenido un papel especialmente relevante en la comisión de la infracción²⁸. Ahora bien, el que hasta la fecha la Autoridad de la competencia haya anudado a las resoluciones en las que se aplicaba el precepto análogo al vigente art. 63.2 de la LDC argumentos relativos al carácter especialmente intenso de la actuación del administrador o representante de la empresa, no obliga a concluir que la norma cualifique la necesaria participación de la persona jurídica en la conducta con ningún elemento de intensidad específico.

El art. 61 de la LDC califica como sujeto infractor a la persona física que realice las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la propia LDC. A su vez, el art. 64 de la LDC establece que para fijar el importe de las sanciones se tendrá en cuenta las posibles circunstancias agravantes y atenuantes. Finalmente, el art. 63.2 de la LDC solo excluye expresamente la sanción respecto de 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 se incluye en la LDC ninguna previsión adicional sobre las circunstancias concretas en las que procede imponer sanción a los representantes legales y/o los directivos de la entidad infractora. Sin embargo, la previsión que establece el art. 63.2.II LDC, eximiendo de responsabilidad solo a quienes no asistieran a las reuniones relevantes respecto de la infracción o a quienes hubieran salvado su voto, permite defender la corrección legal de imponer sanciones a personas físicas respecto de las que quede acreditada su participación en la conducta infractora, sin que de las previsiones de la LDC se derive la necesidad de que tal participación esté además adjetivada por un grado cualificado de adicional relevancia.

²⁷ No obstante, en nota de prensa de 7 de enero de 2015, en el contexto del anuncio de incoación de expediente sancionador en el mercado de distribución de vehículos de motor de la marca Volvo, se señalaba que «el expediente se incoa contra las empresas [...] así como contra otras personas o entidades que pudieran aparecer vinculadas con los hechos indicados».

²⁸ Las resoluciones incluyen expresiones tales como, a título de ejemplo, «activa e intencionada participación en los hechos» (Expte. 322/92, *FACONAUTO*); «actuación destacada e individualizada» (Expte. 320/92, *Boutiques Pan Asturias*); «papel relevante desempeñado en la infracción» (Expte. 359/95, *Lencería Gijón*); o «mayor actividad en la adopción y puesta en práctica del acuerdo» (Expte. 378/96, *Asentadores de Pescado*).

El que el art. 64 de la LDC cualifique como circunstancia agravante «la posición de responsable o instigador de la infracción», entre otras, avala el criterio de considerar que la especial participación o el papel especialmente relevante de la persona física debe ser un elemento, junto a otros, destinado a modular el importe concreto de la multa de hasta 60.000 euros que establece el art. 63 de la LDC, y no un requisito para la aplicación del precepto.

Dado que la participación especialmente relevante remite a la concurrencia de deliberación (dolo) y puesto que la LDC prevé que la sanción se imponga en supuestos de infracción también a título de negligencia (art. 63.1 LDC), resulta coherente que quepa sancionar ex art. 63.2 de la LDC sin necesidad de que concurra ese grado reforzado de participación especialmente relevante en la conducta infractora.

Igualmente, cabría imponer sanción no solo a los directivos o representantes que hayan conducido a la empresa a la infracción del Derecho de la competencia, sino a aquellos representantes o directivos que se acredite que tenían razones para conocer o sospechar que el incumplimiento de la normativa *antitrust* por la empresa se estaba produciendo y no lo hayan evitado.

Es sabido que en el ámbito penal, en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, se admite expresamente la *culpa in vigilando*, en cuanto que se establece la responsabilidad de la empresa cuando los hechos los hayan cometido *personas sometidas a la autoridad de representantes legales o administradores de hecho o de Derecho*, «por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso» (art. 31 bis.1.II, CP)²⁹. Esto es, la actuación de un *empleado*, que debía haber sido evitada de ejercitarse el debido control por el directivo o administrador de hecho o de Derecho, genera responsabilidad penal.

El art. 11.a) también del Código Penal equipara la omisión a la acción delictiva «cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar». A su vez, el art. 249 bis.a) LSC impone a los consejos de administración de las sociedades de capital una función de supervisión o vigilancia: «a) La supervisión del efectivo funcionamiento de las comisiones que hubiera constituido y de la actuación de los órganos delegados y de los directivos que hubiera designado». La doctrina mercantilista ha señalado cómo la combinación del art. 31 bis del Código Penal en conexión con el precitado art. 249 bis LSC amplía notablemente la eventual responsabilidad de los integrantes de los Consejos de Administración³⁰.

²⁹ Este artículo ha entrado en vigor el 1 de julio de 2015. Resulta ilustrativa la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, que modifica el Código Penal en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: «Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación».

³⁰ Véase el blog del profesor J. SÁNCHEZ CALERO, «Administradores, responsabilidad civil y seguro», entrada de 2 de julio de 2015.

En consecuencia, para poder incoar y sancionar conforme a la LDC a personas físicas en este tipo de supuestos, debe concurrir prueba suficiente de *infracción consciente y voluntaria*, en el sentido de que la persona física no podía ignorar que la consecuencia necesaria de su conducta resultaba en una vulneración de la normativa de competencia. Ello puede darse tanto en el supuesto de un organizador y coordinador activo de la conducta infractora como en casos en los que el representante o directivo omite los más elementales deberes de cuidado y participe, o tolere que un subordinado suyo participe, en acuerdos y actividades en las que resulte claro para cualquiera³¹ que la consecuencia de la conducta es una vulneración de la normativa de competencia.

Si bien la LDC no hace precisión al respecto, y no distingue entre tipos de conductas que puedan dar lugar a responsabilidad personal de administradores y representantes de la empresa infractora, existe un consenso general, en la doctrina que se ocupa de estas cuestiones y en las legislaciones que prevén sanciones a personas jurídicas, sobre que tales sanciones personales deben reservarse para los supuestos de *hard core cartels*, dada la gravedad cualificada de este tipo de infracciones y el mayor reproche relativo que tradicionalmente merecen³². Frente a la eventual alegación de que no cabe exigir un conocimiento profundo de la normativa de la competencia al directivo de que se trate, particularmente en supuestos en los que la persona jurídica infractora no sea una mercantil, sino otro tipo de entidad (asociación sectorial, colegio profesional, incluso algunas mercantiles pymes), no cabe duda de que difícilmente puede alegarse ignorancia sobre que ciertas conductas como la fijación de precios o el reparto de mercados o clientes son ilegales.

Aunque conforme al tenor literal del art. 63.2 de la LDC pueda considerarse igualmente posible imponer sanciones pecuniarias a directivos por infracciones tanto del art. 1 como del art. 2 de la LDC, como regla podrán ajustarse mejor al objetivo de sancionar las conductas infractoras que revelan un especial protagonismo del directivo, así como a las funciones de disuasión y detección, los supuestos vinculados a infracciones de cártel que los casos en los que se resuelve que una empresa en posición de dominio ha abusado de tal posición.

5. ESPECÍFICO PAPEL DE LAS MULTAS A DIRECTIVOS COMO FACTOR FAVORECEDOR DE LA DETECCIÓN DE CÁRTELES

Es casi un lugar común señalar el notable papel que la introducción del Programa de Clemencia ha tenido en la detección y consiguiente sanción

³¹ «Cualquier persona con una inteligencia media», señala la jurisprudencia asentada sobre dolo eventual (a título de ejemplo, STS de 27 de julio de 2015).

³² La Directiva 2014/104 UE, de 26 de noviembre, de acciones por daños por infracciones del Derecho de la competencia establece, a tales efectos, que «se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios» (art. 17.2). Asimismo, el art. 62.4.a) de la LDC define necesariamente como muy graves las conductas colusorias constitutivas de cártel.

de cárteles en aquellos ordenamientos en los que se ha introducido. El caso español es paradigmático en este sentido, al ofrecer estadísticas que revelan el sustancial incremento de resoluciones sancionadoras de conductas constitutivas de cártel a partir de 2008, coincidiendo con la entrada en vigor de las previsiones sobre clemencia³³.

El art. 65 de la LDC prevé que la autoridad de la competencia, «eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle» cuando se den los requisitos previstos en tal precepto. También señala que para que la CNMC conceda la exención, «la empresa o, en su caso, la persona física que haya presentado la correspondiente solicitud» debe cumplir una serie de requisitos vinculados a su cooperación con la instrucción del expediente. Equivalente mención a personas físicas se recoge para la reducción del importe de la multa en el art. 66 de la LDC.

En coherencia con las previsiones de la LDC, la Comunicación de la CNC de 19 de junio de 2013, sobre el Programa de Clemencia, al tratar del *alcance del beneficio de la clemencia* señala: «Dado que en virtud del art. 63.2 de la LDC se pueden imponer multas a cada uno de los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos de los agentes económicos, empresas, asociaciones, uniones o agrupaciones que hayan intervenido en el acuerdo o decisión anticompetitiva, estos podrán igualmente presentar en su propio nombre una solicitud de clemencia».

La función disuasoria asignada a la clemencia podría verse multiplicada como efecto natural de un mayor recurso a las previsiones de la LDC en materia de sanciones a directivos y representantes de personas jurídicas infractoras. Es evidente que, para evitar la imposición de una multa personal, el directivo en cuestión puede estar interesado en que su empresa (o asociación u operador de que se trate) se convierta en beneficiaria de un programa de clemencia. O bien tener incentivos para proveerse de una exención personal como beneficiario él mismo de las previsiones del art. 65 de la LDC³⁴. Esta última posibilidad será habitual en los supuestos en los cuales la persona física que presenta la solicitud de exención, aportando información respecto de un cártel en el cual participó, ya no preste servicios, en la fecha de su solicitud, en la entidad infractora.

La posibilidad legal de que tanto directivos como empresas pueden presentar una solicitud de clemencia, plantea la cuestión de cómo articular el reconocimiento de exención o reducción en supuestos en los que haya una solicitud presentada, a título personal, por una persona física.

³³ Sobre esta cuestión, véase J. MAILLO y P. MILLA, «Pasado, presente y futuro de la lucha contra los cárteles en España», en J. M. BENEYTO PÉREZ y J. MAILLO (dirs.), *La lucha contra los Cárteles en España*, Thomson-Aranzadi, 2015, pp. 47-48, y, en el mismo volumen, I. LÓPEZ GÁLVEZ, «La aplicación del programa de clemencia en España: valoración», pp. 1021 y ss., especialmente p. 1033.

³⁴ La OCDE en su documento *Cartel Sanctions against Individuals*, 2003, pp. 7-8, califica las multas a personas físicas como un poderoso incentivo para que los particulares revelen información sobre cárteles y cooperen en la investigación, y señala que aumentan la eficacia de los programas de clemencia (<http://www.oecd.org/competition/cartels/34306028.pdf>).

La LDC prevé que la exención a una empresa beneficia igualmente a sus representantes legales o directivos, si colaboran con la CNMC (art. 65.3 LDC). Consecuentemente, la Comunicación sobre el Programa de Clemencia indica:

«(12) El beneficio de la exención o la reducción del importe de la multa alcanza a aquellos que presentaron la correspondiente solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, así como a sus representantes legales o a las personas integrantes de sus órganos directivos que hayan intervenido en el cártel siempre y cuando hayan colaborado con la CNC»³⁵.

No se regula sin embargo por la LDC las consecuencias de la presentación de una solicitud de clemencia por una persona física, ya no como representante de la infractora, sino en su condición de tal.

Del juego de las previsiones anteriores corresponde concluir que la exención/reducción concedida a una empresa persona jurídica obliga a eximir de la sanción/a aplicar la correspondiente reducción a las personas físicas representantes o directivos de la misma salvo, en su caso, a aquellos que se acredite que no han colaborado con la CNMC. Por el contrario, la exención/reducción concedida a una persona física representante o directivo de una empresa, a resultas de la correspondiente solicitud formulada a título personal, no conlleva que se beneficie de esa exención o reducción la empresa, puesto que la LDC no prevé esa consecuencia, como sí sucede en el supuesto opuesto (arts. 65.3 y 66.4). A su vez, la exención concedida a una persona física conforme al art. 65 de la LDC impide que cualquier otro solicitante posterior (sea persona física o persona jurídica) pueda ya beneficiarse de la exención. Lo mismo cabe decir respecto de la reducción concedida a una persona física, que ocupará el correspondiente puesto establecido en el art. 66.2 de la LDC, primero, segundo o sucesivos, a los efectos de calcular el nivel de reducción del importe de la multa³⁶.

En consecuencia, la extensión los beneficios de la exención o reducción a los representantes o directivos de la empresa a la que se concede la exención o reducción (arts. 65.3 y 66.4 LDC), no opera a la inversa, ni para ampliar a la empresa el beneficio concedido a la persona física ni para que la persona jurídica pueda optar a tal beneficio o exención si esa posición ha sido ya ocupada a título personal por el administrador o directivo de que se trate.

La razón de ser de ese distinto tratamiento es clara y deriva de la propia naturaleza de las personas jurídicas, que necesariamente actúan a través

³⁵ Véase, por ejemplo, la Resolución de la CNC de 28 de febrero de 2012 (Expte. S/0342/11 *Espuma de Poliuretano*).

³⁶ Este diseño de programa de clemencia para directivos, coincide con el recomendado por ALFARO, que a su vez cita a C. LESLEY, respecto de la concesión de una exención total de la multa al primer empleado que denuncie a su empresa y exención parcial para el primero, de otra empresa, que se sume a la denuncia. J. ALFARO, «Como optimizar la lucha contra los cárteles», entrada de 23 de septiembre de 2013 en el blog *Derecho mercantil*, accesible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es>.

de personas físicas. Si la empresa solicita el beneficio de la clemencia, es razonable que ello resulte de una decisión de al menos parte de sus representantes y directivos, y que a estos deba también beneficiar esa solicitud, salvo que se constate su posterior falta de colaboración. Por el contrario, cuando un directivo o representante acude en su propio nombre a solicitar los beneficios del Programa de Clemencia, cabe entender que, o bien lo hace contra la voluntad o sin el consentimiento de la empresa, en cuyo caso esta no se hace merecedora de los beneficios de clemencia, o bien sin el conocimiento de la misma, en cuyo caso tampoco nos encontramos en los supuestos previstos por los arts. 65 y 66 de la LDC que justifican el otorgamiento a la empresa del beneficio de la exención o reducción.

6. RECAPITULACIÓN: DESAFÍOS Y CUESTIONES ABIERTAS

La previsión de sanciones pecuniarias para personas físicas administradores o representantes de una entidad infractora puede desempeñar un papel relevante como complemento útil al régimen de sanciones a empresas y otras personas físicas infractoras, por su capacidad para incrementar la función disuasoria del sistema sin merma de las exigencias de proporcionalidad que deben respetarse en el ámbito sancionador. Resulta razonable que al aumentar la experiencia y madurez en la aplicación del Derecho de la competencia, al tiempo que se incrementa el reproche social respecto de las prácticas infractoras, gane protagonismo la responsabilidad personal derivada de tales conductas.

El que, tras un periodo sin aplicación de la previsión del art. 63.2 de la LDC, se retome el uso de la misma, supondría un reconocimiento de los límites del sistema de sanciones o, al menos, una reconsideración positiva de las ventajas que las multas a directivos pueden generar desde la perspectiva de la disuasión, así como una consecuencia de la necesidad de explorar los mecanismos complementarios que la ley prevé a las multas a empresas.

Cabe apuntar no obstante, una serie de aspectos vinculados a la responsabilidad personal por ilícitos *antitrust* en los que existe cierto margen de mejora normativa o reflexión doctrinal.

Uno muy evidente se refiere al importe de la sanción máxima que puede corresponder al administrador o representante. Si bien la LDC 2007 ha duplicado el importe de la multa prevista por la LDC 1989, lo cierto es que se ha criticado su relativamente reducido importe³⁷.

³⁷ Ya se ha anticipado en el texto que en Francia la multa prevista es de 75.000 euros, mientras que en Holanda los particulares que hubiesen participado en un acuerdo colusorio o hayan abusado de una posición de dominio se enfrentan a multas de hasta 450.000 euros y en Alemania de hasta un millón de euros. Sobre el carácter no disuasorio de la multa prevista por la LDC 2007, dado su relativamente reducido importe máximo, y la necesidad de «elevar considerablemente» las multas a directivos de las empresas que participan en un cártel, véase J. ALFARO, «Cómo optimizar la lucha contra los cárteles», entrada de 23 de septiembre de 2013 en el blog *Derecho mercantil*.

El carácter disuasorio de la multa personal, además de por su importe, viene dado por la percepción de los administradores o representantes afectados sobre las posibilidades de que la misma se concrete efectivamente sobre su patrimonio personal. Puesto que el objetivo de la previsión del art. 63.2 de la LDC es exigir la correspondiente responsabilidad *personal* a las personas físicas con capacidad para haber evitado que la empresa infractora se embarcase en conductas anticoncurrenciales, es coherente con la norma y el sistema de defensa de la competencia hacer una interpretación de la misma que trate de garantizar que sea finalmente el administrador o representante sancionado quien asuma el coste de la multa.

Diversos autores han señalado que la responsabilidad derivada de la multa individual a los directivos partícipes en un cártel «no debería ser asegurable»³⁸.

Existen de hecho en la práctica de algunos ordenamientos pólizas, en las que el tomador es la empresa y los asegurados las personas físicas que ejercen funciones de administración y dirección, respecto de responsabilidades civiles por daños causados en el desempeño de sus funciones (normalmente relacionadas con mala gestión, falta de supervisión, etc.). Son los llamados seguros de D&O (*Directors & Officers*). Se suele precisar que la póliza cubre reclamaciones presentadas durante el periodo del seguro aunque respondan a hechos anteriores a su contratación y que la cobertura se aplica a miembros de la empresa aunque ya no presten servicios en la misma cuando se suscite la reclamación.

En España las pólizas de responsabilidad civil de administradores y directivos normalmente contienen una lista de exclusiones que descartan de la cobertura, además de las conductas dolosas, fraudulentas o delictivas, las responsabilidades por infracciones tributarias y multas de cualquier clase³⁹. No obstante, algunos seguros de responsabilidad civil de administradores y directivos señalan entre las extensiones de cobertura más habituales las sanciones administrativas impuestas por una autoridad competente como consecuencia de actos negligentes. Evidentemente, la posibilidad de asegurar la sanción personal a un directivo por ilícitos competenciales sería apta para desnaturalizar la función punitiva de la sanción, también en los supuestos de conducta negligente⁴⁰.

³⁸ Véase C. L. LESLIE, «Cartels, Agency Costs, and Finding Virtue in Faithless Agents», *William & Mary Law Review*, núm. 49 (5), 2008, pp. 1621-1699: «*Antitrust law should be structured so that employees of a cartel firm will not trust their employers to protect them should the cartel be exposed*». También, J. ALFARO, «Cómo optimizar la lucha contra los cárteles», entrada de 23 de septiembre de 2013 en el blog *Derecho mercantil*.

³⁹ VI Estudio D&O Marsh 2013, *El seguro de responsabilidad civil de administradores, consejeros y directivos*, disponible en <http://fundacioninade.org/>.

⁴⁰ En respuesta a una consulta de una aseguradora en un caso específico sobre asegurabilidad de multas penales, sanciones administrativas y multas coercitivas en el ámbito de la circulación de vehículos, la DG de Seguros Fondos de Pensiones señaló (31 de marzo de 2008) que «la cláusula de cobertura de sanciones administrativas no es admisible porque podría ser contraria al orden público y por no ser objeto de cobertura en el seguro de RC [...] no siendo posible asegurar las consecuencias punitivas derivadas de ilícitos penales o administrativos». Las multas impuestas por la Agencia de

En la práctica los contratos de seguros de responsabilidad como regla no cubren casos de actividades anticompetitivas (normalmente se limita la responsabilidad de la compañía aseguradora a los gastos legales de la empresa). Ello obliga a la entidad que quiera proteger de tal contingencia a sus representantes o administradores a asumir directamente el coste de la multa a su directivo.

Un posible mecanismo para tratar de evitar el traslado del coste de la multa del directivo a la mercantil infractora es configurar la prohibición de tal traslado como un ítem obligado, en sentido *soft law*, de los programas de *compliance*. La potenciación de la responsabilidad personal de los administradores o directivos está en consonancia con la tendencia creciente a tomar en cuenta, a la hora de apreciar como atenuante en el cálculo de la multa a imponer a las empresas infractoras la puesta en marcha de severos y eficaces programas de *compliance*. La inclusión en los mismos de una previsión conforme a la cual la empresa se compromete a no abonar los costes de defensa legal y el pago de las multas personales que en su caso se deriven para los directivos implicados en una conducta infractora, además de aumentar la credibilidad de los programas de cumplimiento, puede proporcionar un desincentivo adicional para convencer a los directivos de los riesgos de participar en tal tipo de conductas.

No obstante las dificultades que puedan plantearse para la supervisión de la efectiva repercusión final de la multa en el patrimonio de la persona física sancionada, hay que señalar que existen sanciones complementarias e implícitas a la pura imposición de la multa más difícilmente compensables. Ciertamente, no deben infravalorarse los efectos reputacionales de la imposición de multas pecuniarias a particulares, la publicidad negativa en el entorno del administrador o representante sancionado y la percepción de riesgo o el riesgo real de que disminuyan las posibilidades de ser promocionado en la empresa infractora o ser empleado a un nivel equivalente en el futuro en otra empresa. En este sentido, cabe mencionar el art. 27 de la LDC, que establecía expresamente que se mantuviera sin disociación de datos personales el nombre de los infractores en la resolución sancionadora que se debe hacer pública, previsión ahora recogida en el art. 37 de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC.

Otra cuestión que plantea la previsión y aplicación de sanciones pecuniarias personales es la necesidad de intensificar la coordinación entre las autoridades de competencia de distintos países para atender al riesgo de que se incoen en más de una jurisdicción a los mismos representantes o administradores por la participación en un cártel de dimensión internacional (*bis in idem*). Si bien no se trata de un problema específico solo de los infractores personas físicas, lo cierto es que en estos supuestos la relevancia

Protección de Datos han reavivado esta polémica. La Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, prevé en materia de seguro de defensa jurídica [art. 76.b)]: «Quedan excluidos de la cobertura del seguro de defensa jurídica el pago de multas y la indemnización de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales».

de garantizar de modo suficiente los derechos de defensa de estos se pone visiblemente de manifiesto.

Finalmente, la responsabilidad personal en sede sancionadora administrativa suscita cuestiones desde la perspectiva de sus posibles efectos en el ámbito de las subsiguientes reclamaciones de daños y perjuicios derivados de conductas anticompetitivas. La Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, tiene como objetivo declarado garantizar que cualquier persona que haya sufrido un perjuicio ocasionado por alguna infracción del Derecho de la competencia, pueda ejercer eficazmente su derecho a reclamar el pleno resarcimiento de dicho perjuicio. Entre las definiciones que contiene la Directiva se incluye la de «infractor», que coherentemente es «la empresa o asociación de empresas que haya cometido una infracción del Derecho de la competencia». A su vez, la Directiva de daños contiene un régimen más favorecedor en materia de responsabilidad solidaria para los supuestos de infractores que sean pymes con escasa cuota de mercado y cuya viabilidad económica estuviera en riesgo y para los beneficiarios de clemencia (art. 11).

Normalmente las personas que hayan sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia cometida por una o más personas jurídicas reclamarán el resarcimiento de dicho perjuicio en sede civil frente a la empresa, asociación o entidad infractora. Como regla, el mayor patrimonio de la entidad infractora frente al patrimonio personal de una persona física, provocará que las acciones de reclamación de indemnización se dirijan frente a aquella. No obstante, si la acción es de tipo *follow-on*, sucesiva a una previa declaración de infracción por la CNMC, la inclusión en la resolución sancionadora, junto a las empresas sancionadas, de la imposición de multas ex art. 63 de la LDC a personas físicas identificadas con sus cargos, nombres y apellidos, puede suscitar que se incluya a ese directivo o representante entre los sujetos pasivos de la demanda de daños. Cabe pensar en razones de diversa índole por las que los directivos sancionados administrativamente se vean también codemandados por daños en vía civil⁴¹.

En la transposición de la Directiva de daños al Derecho español cabría valorar la conveniencia de incluir una previsión, naturalmente no incluida en el Ordenamiento comunitario, relativa a extender los beneficios sobre responsabilidad conjunta y solidaria, reservados para la empresa beneficiaria de clemencia y a las pymes que cumplan ciertos requisitos, a las personas físicas sancionadas por la CNMC, sean o no beneficiarios de clemencia.

⁴¹ Esta puede ser entendida por los demandantes como una estrategia útil a la hora de lograr más beneficiosos acuerdos extrajudiciales que anticipen la resolución del procedimiento civil.

RESCATANDO LA DEFINICIÓN DEL MERCADO RELEVANTE EN LOS CASOS DE CONDUCTAS COLUSORIAS

José Daniel VARGAS ROZO *

Área de Competition Economics (Forensic), KPMG Asesores

Jaime PINGARRÓN YÁÑEZ-SEDEÑO *

Área de Competition Economics (Forensic), KPMG Asesores

1. INTRODUCCIÓN

De forma casi habitual en las resoluciones por infracciones «horizontales» del art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia, la CNMC ha venido prescindiendo de la definición del mercado relevante¹ argumentando, entre otros motivos, que:

- «Las conductas llevadas a cabo por las empresas analizadas [...] constituyen una infracción única y continuada restrictiva por objeto» [Resolución CNMC *Postes de Hormigón* (2015)].
- «La multiplicidad de mercados de producto potencialmente afectados»; [...] «la dificultad de distinguir nítidamente entre los distintos posibles mercados de producto dentro del sector»; [...] «adicionalmente, nos encontramos ante infracciones del art. 1 de la LDC cuya acreditación no exigen una delimitación detallada del mercado de producto y geográfico en cuestión con objeto de poder apreciar una determinada posición de dominio»; [...] «no afecta a sus conclusiones, que se refieren a posibles infracciones del art. 1 de la LDC a las que por su naturaleza no es de aplicación la exención prevista en el art. 5 de la LDC» [Resolución CNMC *Residuos* (2015)].
- «Al tratarse de una práctica colusoria prohibida por el art. 1 LDC, no hubiese sido necesario realizar una delimitación del mercado relevante por cuanto no resulta un elemento imprescindible del tipo infractor» [Resolución CNMC *Concesionarios AUDI/SEAT/VW*].

* Los puntos de vista expresados en este artículo son personales y en ningún caso representan la posición de KPMG España.

¹ También denominado en la normativa de competencia y en la jurisprudencia como «mercado de referencia» o «mercado pertinente». A lo largo del presente artículo utilizaremos de forma indiferente cualquiera de estos términos.

(2015); *Land Rover* (2015); Resolución CNMC *Fabricantes de Automóviles* (2015)²].

La aparente ausencia de necesidad de delimitar el mercado relevante estaría sustentada en precedentes de la jurisprudencia tanto nacional como europea, estos últimos relativos a la aplicación del art. 101 del TFUE. De este modo, cabría decir que la autoridad emplea una suerte de automatismo sustentado en la jurisprudencia y extensible a cualquier caso del art. 101.

Pero, ¿es realmente innecesaria la definición del mercado de referencia en los casos de conductas colusorias? ¿Qué dice realmente la jurisprudencia comunitaria al respecto? ¿Cuál es el papel operativo desde una perspectiva económica que juega la definición del mercado? Estas son las preguntas sobre las cuales realizamos algunas reflexiones desde el punto de vista económico a lo largo del presente artículo.

La justificación en la que tradicionalmente se apoya la no necesidad de definir el mercado de referencia se basa en que es más «eficaz» para la autoridad de competencia por cuanto le permitiría «ahorrar» tiempo y recursos, destinando los mismos a profundizar en otros aspectos de la investigación o al desarrollo de otras investigaciones. El supuesto que llevaría implícita dicha justificación es que la autoridad se encuentra frente a una serie de conductas cuya propia naturaleza permite presumir una asociación directa entre dichas conductas y un daño significativo a la competencia. Es decir, sería tanto como afirmar que ante una restricción «por objeto» es indiferente definir el mercado en el que la misma se inscribe.

La delimitación del mercado relevante se ha venido contemplando como un complejo proceso, que sirve y es esencial para analizar y evaluar el poder de mercado de una o varias empresas, particularmente en los casos de concentraciones económicas o en los de abuso de posición de dominio. Sin embargo, nosotros pensamos que la delimitación del mercado resulta esencial para poder comprender cualquier problema de competencia a analizar, presentando otras aplicaciones y ventajas en los casos de conductas colusorias. Entendemos que la evolución reciente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el análisis de infracciones por objeto del art. 101 (particularmente, *Cartes Bancaires*) viene, precisamente, a poner encima de la mesa la importancia de contextualizar adecuadamente el entorno económico en el que se produce la conducta, es decir, reivindica, a nuestro entender, el imprescindible papel como marco de referencia del mercado relevante.

La primera sección del artículo comienza analizando el papel que, desde una perspectiva económica, cumple la definición del mercado. En cierto modo, comprobaremos que dicho papel es indiferente al tipo de problema

² A diferencia de los anteriores asuntos, en este caso se citan algunos antecedentes nacionales: Resolución del TDC de 22 de julio de 2004, Expte. 565/03, *Manipulados radiactivos*; Resoluciones del Consejo de la CNC de 31 de julio de 2010, Expte. S/0120/10, *Transitarios*; de 2 de agosto de 2012, Expte. S/0287/10, *Postensado y Geotecnia*; de 8 de marzo de 2013, Expte. S/0329/11, *Asfaltos de Cantabria* y de 30 de julio de 2013, Expte. S/0380/11, *Coches de Alquiler*.

de competencia que tengamos encima de la mesa, bien sea prospectivo o retrospectivo. En la segunda sección repasaremos el marco que, según nuestro análisis, verdaderamente establece la jurisprudencia a la hora de exigir, o no, la definición del mercado. En la tercera sección proporcionamos una serie de motivaciones adicionales por las que entendemos resultaría conveniente comenzar definiendo el mercado.

Finalizamos el artículo presentando nuestras conclusiones, en las cuales sugerimos incorporar como parte del estándar mínimo exigible al razonamiento económico en el análisis de las conductas colusorias, la delimitación del mercado relevante, al igual que sucede para el caso de concentraciones y abuso de posición de dominio. La utilización de este criterio permitiría enriquecer la discusión económica de las decisiones de la autoridad de competencia, al definir los límites del terreno de juego y sus actores, lo cual tendría influencia sustancial tanto a lo largo del procedimiento de infracción como en situaciones *ex post*, relativas a acciones de reclamación de daños y perjuicios.

2. SOBRE LA IMPORTANCIA DEL CONCEPTO DE MERCADO RELEVANTE

Para el análisis *antitrust* resulta esencial resolver la pregunta de si las compañías están en una posición de ejercer poder de mercado (potencial o pasado, unilateral o colusivo). El poder de mercado es un concepto crucial dentro del enfoque económico del Derecho de la competencia y se refiere a la habilidad de una empresa (o conjunto de empresas) de incrementar el precio del producto o servicio bajo análisis por encima del nivel competitivo y de una forma rentable³. Es difícil pensar en responder a esta pregunta sin hacer referencia al contexto económico apropiado donde se presenta o se podría presentar dicho poder de mercado.

La economía de la competencia ha desarrollado una herramienta fundamental que colabora en trazar este contexto económico bajo el cual se evalúa el poder de mercado, que no es otro sino el concepto de «mercado relevante o de referencia». Este concepto permite identificar las fuerzas competitivas activas y centrales al caso que influyen de forma notoria en las decisiones de las variables de competencia del producto bajo análisis, separándolas de las fuerzas pasivas y de importancia secundaria⁴. En general,

³ Dado que el menor precio posible que una firma puede fijar de forma rentable es el precio que iguala al coste marginal de producción, el poder de mercado es usualmente definido como la posibilidad de la empresa de incrementar los precios de forma rentable y durante un periodo de tiempo, por encima de su coste marginal de producción. Una definición alternativa es qué tan cerca está el precio de la empresa a los precios de monopolio. Cabe señalar igualmente, que la expresión «incremento de precios» incluye distintas formas en las que la competencia puede verse restringida, por ejemplo, limitando la producción, eliminando la innovación, reduciendo la variedad o calidad de los bienes y servicios o privando a los consumidores de distintas alternativas. Véase MOTTA (2004), capítulos 2 y 3, y WHISH y BAILEY (2015), p. 26.

⁴ Al respecto véase WERDEN (2014), pp. 1-3.

el mercado relevante o de referencia comprende el conjunto más pequeño de productos y zonas geográficas que puede ser «rentablemente monopolizado» o que «vale la pena ser monopolizado»⁵. Lo anterior implica que la colección de productos y áreas geográficas fuera de tal mercado no tienen la capacidad de restringir significativamente el comportamiento de las firmas que se encuentran dentro del mismo, las cuales tienen la posibilidad de incrementar su precio de forma rentable o afectar a cualquier otra de las variables de competencia: cantidad, calidad, servicio o innovación⁶.

De esta forma, el mercado relevante delimita el marco adecuado de alcance —tanto a nivel de producto como geográfico—, dentro del cual es posible analizar y evaluar la situación o el problema de competencia planteado⁷, particularmente la existencia de poder de mercado⁸, jugando de esta manera un papel central en la aplicación del Derecho de la competencia.

El contexto y marco de análisis que proporciona el mercado de referencia para evaluar la situación de competencia no es uno cualquiera. Bien por ello se señala en las guías relativas a la definición del mercado de referencia que este concepto es diferente a los utilizados frecuentemente en otros ámbitos, tanto por las empresas como por otros organismos⁹. Además, la creciente aproximación económica de la política de competencia ha puesto distintos elementos en el centro del proceso de aplicación de las reglas de competencia comunitarias, entre ellos la «delimitación del mercado»¹⁰.

En este sentido, se podría argumentar que la noción de mercado relevante es intrínseco al ámbito de la política de competencia, encontrando naturalmente su fundamento en la teoría económica¹¹, y considerado un

⁵ BISHOP y WALKER (2010) señalan que «a relevant market is “something worth monopolising”».

⁶ Véase DAVIS y GARCÉS (2010), capítulo 4.

⁷ FAULL y NIKPAY, punto 1.132, BISHOP y WALKER (2010), punto 4-001.

⁸ Esta consideración no queda desvirtuada en los casos de mercado de «dos lados» («two-sided markets»), en los cuales la definición de mercado y el análisis de poder de mercado debe tener en cuenta varios aspectos económicos que no surgen en los contextos tradicionales de mercados de un solo lado. Dado que los dos o más lados de la plataforma de negocio se encuentran estrechamente vinculados en cuanto a precios, producción y estrategias, es necesario analizar la situación en ambos lados del mercado para comprender las relaciones competitivas de interés. Para un mayor detalle al respecto, véase EVANS (2009).

⁹ Comunicación de la Comisión sobre el mercado de referencia (1997), § 3. Por ejemplo, las empresas, Cámaras de Comercio, Ministerios o Asociaciones, a menudo emplean el término «mercado» para referirse a la industria o sector al que pertenecen y considerando el área geográfica según el ámbito en el que vende los productos la empresa o según el área de interés o de influencia del estudio sectorial (provincia, Comunidad Autónoma, nacional, etc.).

¹⁰ MONTI (2001).

¹¹ Al respecto WERDEN (2014) señala que «separar las fuerzas competitivas activas con respecto a las activas es la característica principal de la técnica de modelización utilizada siempre en el campo (de la organización industrial): análisis de equilibrio parcial. Esta técnica centra el análisis en un sector específico de la economía, asumiendo que no afecta al resto de sectores». Por su parte COLOMA (2002) precisa que «el “enfoco de equilibrio parcial” [...] surge esencialmente de suponer que el funcionamiento de un determinado mercado tiene efectos importantes para los actores que en él comercian, pero efectos insignificantes sobre los agentes económicos que se hallan fuera de él. Esta manera de razonar permite aislar del análisis, los efectos que pueda tener lo que acontece en un mercado, sobre los precios y los ingresos de agentes económicos externos a dicho mercado, y evaluar la eficiencia haciendo referencia exclusiva a los beneficios que de su operación deriven los participantes».

concepto íntimamente relacionado con los objetivos y la aplicación del Derecho de la competencia, en particular¹²:

- En el contexto de concentraciones económicas, independientemente si son de carácter horizontal o vertical, la delimitación del mercado es fundamental para determinar si la operación es susceptible de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva, bien sea mediante la creación o refuerzo de una posición dominante, la exclusión de competidores o el cierre del mercado, entre otras.
- En aplicación del art. 102 del TFUE, la Comisión está facultada para analizar y poner término a cualquier abuso de posición dominante, y para ello necesita determinar —en un primer momento— la existencia de dicha posición dominante, la cual se ha de definir en función del mercado de referencia.
- Del mismo modo, en el caso de aplicación del art. 101 del TFUE también puede ser necesario definir el mercado para determinar, entre otras cosas, si el acuerdo produce una restricción apreciable de la competencia o si se cumplen las condiciones establecidas para la concesión de una excepción del mismo, según lo establecido en el art. 101.3.

Por tanto, para evaluar el impacto sobre la competencia de una concentración económica, de un acuerdo o de un cierto tipo de conducta de posición de dominio de una empresa, el análisis se enfoca generalmente en resolver la pregunta de si las compañías están, o estarían, en una posición de ejercer poder de mercado o afectar de una forma apreciable la competencia efectiva en el mercado, lo cual tendría consecuencias sobre variables tales como los precios y/o la producción.

Determinar si una empresa o conjunto de empresas posee poder de mercado y realizar una evaluación de la situación de competencia requiere generalmente considerar múltiples factores específicos al producto bajo estudio¹³. La lista de factores que se necesita tener en cuenta incluye, entre otros:

- Los productos que son considerados sustitutos efectivos.
- El grado de diferenciación existente entre estos productos.
- El número y tamaño de empresas que suministran tales productos.
- La presencia de barreras a la entrada y al crecimiento.
- La capacidad instalada y ociosa de las empresas y los competidores.
- El poder compensatorio de la demanda.
- La naturaleza de la interacción oligopolista entre las empresas, etcétera.

Para responder adecuadamente a todas estas cuestiones es imprescindible hacer alusión al contexto económico apropiado y para ello se requiere necesariamente proceder a definir y analizar el «mercado relevante»¹⁴. La

¹² Comunicación de la Comisión sobre el mercado de referencia (1997), §§ 2, 10 y 11.

¹³ BISHOP y WALKER (2010), punto 4-001.

¹⁴ FAULL y NIKPAY, punto 1.130.

delimitación del mercado relevante es una herramienta que ayuda a trazar dicho contexto, al incluir solamente aquellos productos o servicios que son considerados sustitutos, al proporcionar una «restricción efectiva» al comportamiento competitivo de los productos o servicios en el centro de la investigación, así como el alcance del área geográfica en la que las condiciones de competencia son suficientemente homogéneas. En ocasiones, también pueden considerarse los oferentes que ingresarían rápida y fácilmente al mercado. Lo anterior permitiría determinar las fuerzas activas de interés que ayudan a la evaluación de la situación de competencia considerada¹⁵.

A manera de ejemplo, la presión competitiva representada por los productos sustitutos efectivos disponibles en el área geográfica relevante corresponde a la fuerza disciplinaria más inmediata sobre los términos y condiciones bajo las cuales una firma ofrece un producto para la venta. Para que la empresa esté en una posición de tener un impacto rentable y significativo sobre las condiciones de venta prevalecientes del producto, particularmente a través de un incremento del precio del producto, la reducción de la demanda no debe ser importante. Por tanto, para determinar si el precio de un producto o grupo de productos puede incrementarse de forma rentable, dependerá ampliamente de cómo reaccionará la demanda a tal incremento de precios. Cuando los clientes del oferente del producto que incrementa los precios pueden fácilmente cambiar a productos sustitutos disponibles de otros oferentes, el incremento de precios resultará probablemente en una reducción de ventas suficientemente importante para hacer no rentable dicho incremento¹⁶. Lo mismo sucede si ante el incremento de precios, los fabricantes de otros productos o servicios localizados en otras áreas geográficas pueden ingresar fácilmente al mercado, hecho que revela que las barreras a la entrada a ese mercado son bajas¹⁷.

Para evaluar acuerdos de cooperación horizontal, la Comisión Europea señala precisamente la necesidad de iniciar el análisis con la delimitación

¹⁵ La aproximación conceptual para la definición del mercado relevante se basa en el test del monopolista hipotético, particularmente el SSNIP test (*Small but Significant and non transitory increase in Price test*). En concreto, la cuestión subyacente que pretende resolverse bajo este test es si los clientes de los productos bajo análisis estarían dispuestos a consumir productos sustitutos fácilmente disponibles, en respuesta a un incremento hipotético pequeño (generalmente 5 a 10 por 100) y permanente de los precios relativos para los productos considerados. Si el grado de sustitución es suficiente para hacer que el incremento de precios no sea rentable debido a la reducción resultante de las ventas de los productos en cuestión, se incluirán en el mercado de referencia otros productos sustitutos hasta que el conjunto de productos sea tal que resulte rentable un pequeño incremento permanente de los precios relativos. De esta forma, el test del monopolista hipotético provee un marco conceptual dentro del cual se realiza una completa evaluación analítica para la delimitación del mercado relevante, destacando los elementos importantes relacionados con las restricciones competitivas que enfrentan los productos o compañías bajo análisis. Para un mayor detalle véase Comunicación de la Comisión sobre el mercado de referencia (1997), BISHOP y WALKER (2010) y WERDEN (2014).

¹⁶ M. OINONEN (2010), p. 239.

¹⁷ La Comisión ha señalado que, por lo general, cuando la entrada en un mercado sea bastante fácil se entenderá que un acuerdo de cooperación horizontal no produce efectos restrictivos de la competencia. Véase COMISIÓN EUROPEA (2011), *Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE*, § 47.

del mercado de referencia. En particular, la Comisión indica que la creación, mantenimiento y fortalecimiento del poder de mercado puede ser resultado de una disminución de la competencia entre las partes del acuerdo o entre cualquiera de las partes y terceros. Para efectuar este análisis, el punto de partida lo constituye determinar la situación de las partes en los mercados afectados por la cooperación, siendo para ello necesario definir los mercados de referencia, utilizando el método descrito en la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia¹⁸.

Por tanto, la definición adecuada del mercado relevante debería ser uno de los primeros elementos y, además con carácter fundamental, a tener en cuenta dentro del análisis, sea cualquiera el caso de competencia considerado, inclusive en el caso de las conductas colusorias. Acudir a nociones imprecisas acerca del mercado relevante, conduciría a realizar una evaluación informal y poco confiable acerca del poder de mercado y del proceso competitivo que enfrentan las empresas investigadas en el mercado¹⁹.

Es preciso destacar que la definición del mercado de referencia no se ha entendido nunca como un fin en sí mismo, sino como un instrumento que facilita la posterior valoración de la situación de competencia, al ayudar a determinar el contexto y el marco económico sobre el cual entender precisamente el eventual problema de competencia planteado²⁰.

Además, la definición de mercado relevante debe partir de un buen conocimiento del caso de competencia u operación concreta en la que se integra, por cuanto no necesariamente tiene que coincidir en todos los potenciales casos, aunque el punto de partida sea el mismo. Es decir, la preocupación *antitrust* en una operación de concentración no es la misma que en los distintos casos de análisis de comportamientos anticompetitivos, como por ejemplo en un contexto de abuso de posición de dominio o acuerdos de tipo horizontal o vertical²¹. Del mismo modo, hay que tener en cuenta que las definiciones de mercado no son estáticas sino que pueden variar a lo largo del tiempo y tampoco tienen necesariamente el mismo resultado aunque se esté partiendo de los mismos productos, aspecto que dependerá del caso particular y del tipo de conducta bajo investigación²².

¹⁸ *Ibid.*, §§ 41 y 43.

¹⁹ WERDEN (2014), p. 3.

²⁰ MONTI (2001), p. 2; WHISH y BAILEY (2015), p. 28.

²¹ El precio de referencia para la definición del mercado en los asuntos de concentraciones económicas suele corresponder al nivel de precios actual. Por su parte, en el caso de acuerdos o de posición de dominio, el precio actual podría estar reflejando el ejercicio de poder de mercado y por tanto, el precio de referencia en estos casos correspondería al precio existente antes del inicio de la conducta o al nivel de precios competitivo, con el fin de evitar incurrir así en la «falacia del celofán» en la delimitación del mercado. Véase BISHOP y WALKER (2010), capítulo 4.

²² Esta situación es señalada en la Comunicación de la Comisión sobre el mercado de referencia (1997, § 12), en la cual indica que «[l]os criterios para definir el mercado de referencia se aplican generalmente en el análisis de ciertos comportamientos en el mercado y de cambios estructurales en la oferta de productos. Sin embargo, esta metodología puede llevar a resultados diferentes en función de la naturaleza de la cuestión de competencia examinada. Por ejemplo, la extensión del mercado geográfico puede ser diferente según se analice una concentración, en cuyo caso el análisis es fundamentalmente prospectivo, o un comportamiento pasado. La diferente perspectiva temporal conside-

Aunque un análisis detallado de las metodologías utilizadas para la delimitación del mercado relevante escapa del ámbito del presente artículo, cabe señalar la existencia de múltiples técnicas analíticas y cuantitativas, en constante evolución y desarrollo, que permiten identificar el grado hasta el cual los productos enfrentan restricciones competitivas efectivas, particularmente desde el punto de vista de la demanda, aspecto central en la definición del mercado relevante. Estos métodos incluyen: análisis de los movimientos de precios de los productos bajo investigación para determinar hasta qué punto los mismos varían conjuntamente a lo largo del tiempo; estimación de elasticidades de precio de la demanda; cálculo de pérdida y elasticidad crítica; análisis de eventos; análisis de subastas o análisis de simulación del mercado, entre otros²³.

No siempre es necesario acudir a tales técnicas cuantitativas, lo cual dependerá de la complejidad del caso y de la disponibilidad de información²⁴. Por el contrario, la situación general para la delimitación del mercado de referencia consiste en realizar un análisis cualitativo en torno a los criterios que determinan las posibilidades efectivas y disposición del consumidor a cambiar de un producto a otro: características, uso pretendido y precios²⁵. Por tanto, la evaluación cualitativa es universalmente el punto de partida en cualquier ejercicio de definición de mercado²⁶ y suele considerarse como suficiente para cumplir satisfactoriamente dicha tarea, lo cual tiene su reflejo en las múltiples decisiones de concentración económica resueltas por las autoridades de competencia. Un análisis cuantitativo explícito de los datos y de la evidencia económica permite añadir sustento y complementar la robustez a los argumentos sobre la delimitación del mercado alcanzada a partir del análisis cualitativo.

En este sentido, es preciso indicar que los procedimientos sancionadores en relación con conductas colusorias deberían sustentar sus conclusiones bajo una argumentación clara, enmarcándolas en un contexto económico adecuado y explicando de forma contundente las conductas y sus

rada en cada caso podría llevar al resultado de que se definan distintos mercados geográficos para los mismos productos según que la Comisión examine un cambio en la estructura de la oferta, como, por ejemplo, la creación de una concentración o de una empresa en participación de carácter cooperativo, o cuestiones relativas a determinados comportamientos pasados».

²³ Para consultar la definición y elementos a tener en cuenta en la aplicación de las distintas metodologías, puede verse, entre otros: OFT (1999), capítulos 2 y 3; MOTTA (2004), capítulo 3; BISHOP y WALKER (2010), capítulo 4; DAVIS y GARCÉS (2010), capítulo 4.

²⁴ La elección de la técnica de análisis cuantitativo a aplicar en la delimitación del mercado relevante dependerá, de forma casi exclusiva, de la disponibilidad de datos a la que se pueda acceder. Los análisis de precios requieren una disponibilidad de datos relativamente baja (por ejemplo, datos relativos a los precios de los productos en un periodo suficientemente largo y que correspondan a la misma zona geográfica y con la misma frecuencia) con respecto a técnicas de simulación del mercado, las cuales requieren una amplia cantidad de datos históricos referentes a variables de oferta, demanda y costes para la realización de estimaciones y análisis econométricos.

²⁵ Estos criterios provienen de la definición del mercado relevante producto incluida en la Comunicación de la Comisión sobre el mercado de referencia (1997, § 7): «El mercado de producto de referencia comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideran como intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos».

²⁶ DAVIS y GARCÉS (2010), p. 166.

efectos. Para ello, se sugiere acudir desde un primer momento al concepto del mercado relevante, lo cual permitiría dotar de mayor calidad y objetividad al razonamiento económico empleado en las decisiones por parte de la autoridad de competencia, reduciendo así la utilización de hipótesis y razonamientos subjetivos. No se pretende que en todos los casos se realice una definición exhaustiva del mercado relevante sino, como sucede en los casos de concentraciones económicas, se realice al menos una aproximación cualitativa del alcance del mercado producto y geográfico, dejando abierta inclusive en algunos casos la definición precisa del mercado.

En ausencia de este contexto económico, los agentes administrados carecen de los factores para discernir y debatir los argumentos empleados por el Órgano decisorio, particularmente si los mismos se basan en afirmaciones generales sin respaldo económico, incrementando la discrecionalidad de las autoridades de competencia²⁷. Por tanto, se sugiere que en la generalidad de los casos sería necesario pronunciarse sobre el contexto económico trazado fundamentalmente por una adecuada definición del mercado de referencia, en lugar de automáticamente eludirlo o formularlo de forma amplia y desacertada.

3. ANTECEDENTES COMUNITARIOS SOBRE LA AUSENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LA DEFINICIÓN DEL MERCADO DE REFERENCIA

Resulta necesario comprender bien bajo qué circunstancias no sería necesario, según la jurisprudencia, delimitar el mercado. Esto nos permitiría juzgar si el recurso a este automatismo, en términos de ahorro en el análisis, es, o no, apropiado.

Atendiendo a la jurisprudencia comunitaria, la definición del mercado de referencia no desempeñaría el mismo papel según se trate del análisis de acuerdos entre empresas, abusos de posición dominante o el análisis de concentraciones económicas.

Como regla general, la definición del mercado resultaría esencial o intrínsecamente asociada a la mecánica de examen cuando el análisis es prospectivo (p. ej., concentraciones económicas), pero también cuando la con-

²⁷ BISHOP (2013) señala que en términos prácticos, no existe a menudo un escrutinio efectivo externo del análisis substantivo llevado a cabo por las autoridades de competencia europeas. Lo anterior está agravado en el caso español, según lo señalado por PETITBØ (2014), por la falta de análisis económico de las Resoluciones de la autoridad de defensa de la competencia y que con argumentos basados en una «posible» capacidad para afectar la competencia, las autoridades prescinden del análisis detallado de los mercados y evitan estudiar los efectos reales de la conducta sobre el mercado. Sobre el particular señala: «La pereza administrativa apoyada en considerar que el expediente se resuelve declarando que una conducta está prohibida *per se* supone no resolver totalmente el expediente. Dada la gravedad de la conducta resulta obligado estudiarla a fondo. Y el perjudicado por la conducta de los cárteles tiene derecho a conocer sus efectos, no solamente sobre el mercado relevante sino para él mismo o para su empresa. La falta de estudio o el estudio inadecuado perjudica no solo el interés privado sino, también, el interés general». Véase también STJ *Cartes Bancaires* (2014), apartados 81 a 87.

ducta anti-competitiva está relacionada con situaciones *ex post* de abuso de posición de dominio; dado que en cualquiera de estos asuntos se requiere identificar la existencia, creación o fortalecimiento del poder de mercado²⁸.

En relación con la consideración de un abuso de posición de dominio, es imprescindible la adecuada delimitación del mercado relevante como «requisito necesario y previo a la valoración de un comportamiento supestandamente contrario a la competencia»²⁹. «En efecto, antes de acreditar la existencia de un abuso de posición dominante hay que acreditar la existencia de una posición dominante en un mercado determinado, lo que implica que dicho mercado haya sido previamente delimitado»³⁰. Por tanto, para asuntos relativos al abuso de posición de dominio, solamente después de que estos mercados hayan sido correctamente identificados, se puede acreditar la posición de dominio de la empresa en uno o la totalidad de los mismos y, en consecuencia, proceder a evaluar si las conductas de la empresa son de tal entidad que pueden considerarse abusivas.

La aplicación del art. 101.1 TFUE también precisaría definir o considerar el mercado relevante por parte de la Comisión, pero con un alcance distinto al caso anterior. En principio, la Comisión, o cualquier otra autoridad en el ejercicio de sus competencias paralelas, tendría la necesidad de definir el mercado de referencia para cumplir con certeza un doble propósito consistente en determinar si el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada de que se trate:

- i) puede afectar al comercio entre Estados miembros; y,
- ii) tiene por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común³¹.

No obstante, la inferencia económica del perjuicio de los cárteles sobre las variables de competencia³², además de su naturaleza compleja, unida al secretismo y la voluntad de las partes de evitar su detección, ha servido a la jurisprudencia para justificar el uso de presunciones en la investigación de este tipo de infracciones, rebajando la carga de la prueba que recae sobre las autoridades de defensa de la competencia³³, y entre las cuales se encuentra

²⁸ FAULL y NIKPAY, punto 1.130.

²⁹ Sentencia TPI *SIV y otros* (1992), apartado 159.

³⁰ Sentencia TPI *SPO* (1995), apartado 74; Sentencia TPI *Cementos* (2000), apartado 1093; Sentencia TPI *Volkswagen* (2000), apartado 230.

³¹ Así lo ha expresado la doctrina comunitaria en diversos asuntos: Sentencia TPI *SPO* (1995), apartado 74; Sentencia TPI *Cementos* (2000), apartado 1093; Sentencia TPI *Volkswagen* (2000), apartado 230.

³² Los cárteles causan un daño económico considerable y van en contra de los principios más fundamentales de la economía del libre mercado. Mediante la reducción artificial de la producción o la fijación de precios, los cárteles pueden imitar la situación de monopolio, repartiendo los beneficios adicionales obtenidos entre sus miembros. Además, los consumidores pagarían un mayor precio y/o accederían a bienes de menor calidad, existiendo una transferencia injustificada de riqueza para el disfrute exclusivo de los participantes del cártel y desviando los recursos de su uso óptimo en cualquier otro sector económico. Véase FAULL y NIKPAY, punto 8.05-8.06.

³³ LAMADRID (2015), pp. 8 y 36. En particular, señala: «Debido a la dificultad de recabar pruebas en materia de cárteles, los Tribunales de la Unión, seguidos en este punto por los españoles, han rebajado —con una lógica en su mayor parte comprensible— la carga de la prueba que recae sobre

la relativa a que en sus decisiones no siempre tiene la obligación de definir el mercado relevante.

Como resultado de lo anterior, en diversos antecedentes comunitarios se ha brindado una interpretación alternativa a la exigencia de la Comisión de delimitar el mercado relevante en Decisiones adoptadas con arreglo al art. 101.1 TFUE, en los siguientes términos: «La obligación de delimitar el mercado [...] se impone a la Comisión únicamente cuando, sin dicha delimitación, no es posible determinar si el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada de que se trata pueden afectar al comercio entre Estados miembros y tienen por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común»³⁴.

Es decir, parece que solo se puede prescindir de la definición del mercado cuando no quepa duda alguna sobre la doble afectación. Para ello, resulta apropiado revisar cuáles son los fundamentos de ambos exámenes y la justificación de los eventuales atajos en cada uno de ellos, según se expone en los siguientes apartados.

A. EFECTOS SOBRE EL COMERCIO ENTRE ESTADOS MIEMBROS

Se trata de determinar en qué medida en aplicación del art. 101.1 TFUE la Comisión requiere definir el mercado relevante con el propósito de determinar si el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada de que se trate «puede afectar al comercio entre Estados miembros».

Para limitar la utilización de criterios subjetivos en la interpretación de dicho concepto, la Comisión ha establecido elementos cuantitativos, vinculados en particular a la definición del mercado de referencia. En efecto, para centrarse en aquellos acuerdos que afectan al mercado de manera apreciable, la Comisión tiene en cuenta la posición de las empresas interesadas en el mercado de los productos en cuestión, determinando ciertos límites tanto en términos de cuota de mercado como de volumen de negocios³⁵.

las autoridades de competencia [...]». Esto ha llevado a que «la realidad práctica que venimos observando en España es que desde el mismo momento en el que la autoridad de competencia inicia una investigación —sobre la base de cualquier indicio, independientemente de su fiabilidad o solidez— corresponde a la empresa acusada explicarse ofreciendo pruebas sólidas de descargo. En la práctica esto implica un muy rápido desplazamiento la carga de la prueba desde la autoridad a la empresa».

³⁴ Este argumento ha sido utilizado en diversos asuntos comunitarios, en particular los siguientes: Sentencia TPI *European Night Services y otros* (1998), apartados 93 a 95 y 105; Sentencia TPI *Volkswagen* (2000), apartado 230; Sentencia TPI *Groupe Danone* (2005), apartado 99; Sentencia TPI *Brouwerij Haacht NV* (2005), apartados 57 y 58; asunto COMP/39181, *Ceras para velas* (2008), apartado 263; Sentencia TG *Ziegler, S. A.* (2011), apartados 41-43 y Sentencia TJ *Ziegler, S. A.* (2013), apartados 63 y 71; Sentencia TPI *Adriatica di Navigazione* (2003), apartado 29.

³⁵ La Comisión considera que los acuerdos no pueden en principio afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros cuando se cumplen todas y cada una de las siguientes condiciones: a) la cuota de mercado conjunta de las partes en cualquier mercado de referencia en la Comunidad afectado por el acuerdo no es superior al 5 por 100, y b) en el caso de acuerdos horizontales, el

Las Directrices de la Comisión relativas al concepto de efecto sobre el comercio señalan que para aplicar el límite de cuota de mercado, es necesario determinar el mercado relevante, compuesto tanto por el mercado de producto como por el mercado geográfico de referencia, siguiendo lo establecido en la Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia³⁶.

Acorde con lo anterior, la jurisprudencia comunitaria parece exigir la necesidad de definición del mercado de referencia siempre que se cuestione que el acuerdo pueda afectar al comercio entre Estados miembros. Así quedó expuesto en la Sentencia *TJ Ziegler S. A.* (2013), en el cual el Tribunal de Justicia señaló que «la comprobación de la superación de un umbral de cuota de mercado no puede por definición realizarse a falta de definición alguna de ese mercado. Acerca de ello, el apartado 55 de las Directrices relativas al efecto sobre el comercio prevé lógicamente que “para aplicar el umbral de cuota de mercado, es necesario determinar el mercado de referencia”»³⁷.

Por tanto, cualquier desacierto e imprecisión en relación a la delimitación del mercado que altere la dimensión del mismo y, en consecuencia, el cálculo de las cuotas, podría tergiversar la consideración de apreciabilidad que pueda tener el acuerdo de que se trate sobre el comercio entre Estados miembros. Por otra parte, en el caso español, para aquellos asuntos en los que se aplica simultáneamente el art. 1 de la LDC y el art. 101 del TFUE, el órgano decisor debe tener en cuenta la normativa comunitaria en relación a este criterio.

B. DETERMINAR SI EL ACUERDO TIENE POR OBJETO O EFECTO IMPEDIR, RESTRINGIR O FALSEAR EL JUEGO DE LA COMPETENCIA DENTRO DEL MERCADO

El criterio jurídico esencial para determinar si un acuerdo entre empresas conlleva a una restricción de la competencia «por el objeto» consiste en la constatación efectiva de que esa coordinación tiene por sí misma un «grado suficiente de nocividad para la competencia»³⁸. Para

volumen de negocios total anual en la Comunidad de las empresas interesadas correspondiente a los productos cubiertos por el acuerdo no es superior a 40 millones de euros. Véase Comisión Europea (2004), Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio, § 52, así como §§ 44 y 47.

³⁶ Las cuotas de mercado se deben calcular sobre la base del valor de las ventas o, en su caso, del valor de las compras. Cuando estos datos no estén disponibles, podrán utilizarse otras estimaciones basadas en información fiable sobre el mercado, entre la que se incluyen los datos referentes al volumen. *Ibid.*, § 55.

³⁷ Sentencia *TJ Ziegler S. A.* (2013), apartado 63. En este caso, el Tribunal de Justicia confirmó la posición del Tribunal General que estimó que «la Comisión había delimitado de manera apropiada los servicios afectados, dado que había expuesto “una descripción suficientemente detallada del sector afectado, incluidos la oferta, la demanda y el alcance geográfico”», permitiéndoles verificar al Tribunal las afirmaciones en que se basaba la Comisión con respecto a que cuota de mercado acumulada superaba ampliamente el 5 por 100. El mercado de referencia correspondía al mercado de los servicios de mudanzas internacionales en Bélgica. Véanse los siguientes apartados de la Sentencia: 67, 68 y 83.

³⁸ Véase Sentencia *TJ Cartes Bancaires* (2014), apartado 57.

verificar dicho grado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha señalado que «debe atenderse al contenido de sus disposiciones, a los objetivos que pretende alcanzar y al *contexto económico* y jurídico en el que se inscribe»³⁹.

De esta forma, el Tribunal de Justicia deja claro que para aplicar el concepto de restricción de la competencia «por el objeto» no es permisible una traslación indiscriminada de las situaciones de un caso a otro y tampoco es válido una apreciación automática del perjuicio⁴⁰, sino que es necesario analizar, entre otros aspectos, el contexto económico en el cual se produce la conducta, el cual está fundamentado particularmente en las condiciones del mercado relevante, motivo por el cual no puede desligarse este concepto del análisis para calificar una restricción por el objeto.

Cabe mencionar que las condiciones reales del funcionamiento y de la estructura de los mercados relevantes son algunos de los factores fundamentales, pero no los únicos, al momento de determinar el contexto económico. También debe considerarse la naturaleza de los servicios afectados, así como cualquiera de otros factores que, aunque no correspondan necesariamente al mercado relevante, contribuyan de forma efectiva a delinear adecuadamente el contexto económico en el que la conducta colusoria tiene lugar⁴¹.

Ahora bien, la jurisprudencia ha señalado que determinados acuerdos horizontales entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, como perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia, como es el caso de: «a) la fijación de los precios de venta de los productos a terceros; b) la limitación de la producción o las ventas, o c) el reparto de mercados o de clientes»⁴².

³⁹ *Ibid.*, apartado 53. Al respecto se cita, entre otras, a la Sentencia *Allianz Hungária Biztosító y otros*, EU:C:2013:160, apartado 36.

⁴⁰ En la Sentencia TJ *Cartes Bancaires* (2014), apartados 81 a 87, el TJ critica la posición del Tribunal General por considerar análogas las medidas investigadas con aquellas examinadas en el pasado en la Sentencia *BIDS* por el Tribunal de Justicia. Al respecto, el TJ señala que «el Tribunal General no constató en modo alguno [...] que las medidas consideradas, al igual que los acuerdos BIDS, pretendieran modificar de manera sensible la estructura del mercado afectado mediante un mecanismo destinado a fomentar la salida del mercado de empresas competidoras y que, por tanto, esas medidas tuvieran el mismo grado de nocividad que los acuerdos BIDS».

Adicionalmente, el TJ señaló que el Tribunal General había incumplido su obligación de ejercer el grado de control exigido por la jurisprudencia, al limitarse en numerosas ocasiones a reproducir el contenido de la Decisión de la Comisión controvertida sin controlar, aunque estaba obligado a hacerlo, si los factores apreciados por la Comisión en su Decisión le permitían concluir válidamente que las medidas consideradas, por sus términos, sus objetivos y su contexto, tenían un grado de nocividad para la competencia suficiente para considerar que su objeto era restringir la competencia.

Lo anterior valió para que el TJ considerará que el Tribunal General no podía calificar las medidas consideradas como restricciones de la competencia «por el objeto» y que al hacerlo cometió un error de Derecho, motivo por el cual anuló la Sentencia TG *Cartes Bancaires* (2012), del Tribunal General de la Unión Europea de 29 de noviembre de 2012, *CB/Comisión* (T-491/07).

⁴¹ Véase Sentencia TJ *Cartes Bancaires* (2014), apartados 53 y 76 a 79.

⁴² COMISIÓN EUROPEA (2014), Comunicación *de minimis*, § 13. Por otra parte, también se encontrarían entre las restricciones por objeto, los intercambios de información que reducen la incertidumbre sobre el comportamiento futuro, la negociación colectiva exclusiva y pagar a los competidores para retrasar el lanzamiento de productos sustitutos [véase WHISH y BAILEY (2015), p. 132].

No obstante, aún en estos casos en los cuales la conducta puede ser considerada a priori como una restricción por el objeto (por ejemplo, fijación de precios), bajo ciertas circunstancias es preciso analizar el caso de forma individual, por ejemplo, cuando:

- No exista una prueba directa del cártel sino que esta se haya inferido a partir de evidencias circunstanciales.
- Sea una restricción necesaria para algunos acuerdos entre competidores, como los acuerdos de producción y compra conjunta bajo los cuales puedan alegarse y demostrarse eventuales mejoras de eficiencia.
- Exista un elemento facilitador de la colusión, pero no existan pruebas de que dicho elemento facilitador haya producido efectos en el mercado (por ejemplo, un intercambio de información no estratégica).

En cualquiera de los anteriores casos debe considerarse el contexto económico para analizar si el tipo de coordinación entre empresas revela un grado suficiente de nocividad para la competencia. Si ello no es así, es necesario proceder entonces a examinar sus efectos y, para aplicar la prohibición de la práctica colusoria, deberán concurrir los factores acreditativos de que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, impedido, restringido o falseado de manera sensible⁴³.

Ahora bien, este tipo de acuerdos que contienen restricciones «por efectos» pueden estar cubiertos por la exención *de minimis*⁴⁴, aunque tengan la capacidad de afectar al comercio entre los Estados miembros, y para la aplicación de esta exención también debe definirse en un primer momento el mercado de referencia. En particular, la Comisión establece que este tipo de acuerdos «no restringen la competencia de forma sensible» siempre y cuando no superen ciertos umbrales de cuota de mercado en los mercados de referencia afectados por el acuerdo, bien sea cuando se trate de acuerdos entre competidores como acuerdos entre no competidores.

Al respecto, la Comunicación *de minimis* establece en el caso de acuerdos entre competidores (reales o potenciales) que la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no debe exceder el 10 por 100 en ninguno de los mercados de referencia afectados. Por su parte, en el caso de acuerdos entre no competidores, la cuota de mercado de cada una de las partes no debe exceder el 15 por 100 en ninguno de los mercados de referencia afectados por dicho acuerdo⁴⁵.

⁴³ Véase Sentencia TJ *Cartes Bancaires* (2014), apartado 52. Al respecto se cita a la Sentencia *Allianz Hungária Biztosító y otros*, EU:C:2013:160, apartado 34.

⁴⁴ Si el acuerdo tiene efectos sobre el comercio y contiene alguna restricción «por objeto», se considera que el mismo no está cubierto por la exención *de minimis*. Véase COMISIÓN EUROPEA (2014), Comunicación *de minimis*, § 13. Asimismo, en dicha Comunicación se establece que la Comisión no aplicará la salvaguardia regulatoria creada por los umbrales de cuotas de mercado a los acuerdos que contengan alguna de las restricciones que figuren como restricciones especialmente graves en cualquier Reglamento de exención por categorías actual o futuro de la Comisión, que la Comisión considera que generalmente constituyen restricciones por el objeto.

⁴⁵ *Ibid.*, §§ 8 y 12. De nuevo, a la hora de definir el mercado de referencia, la Comisión señala que deberá tenerse en cuenta la Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia.

En el caso español, también se considera que no se aplicará la LDC a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia (reglas *de minimis*), para lo cual también se tiene en cuenta, entre otros aspectos, la cuota de mercado en el mercado relevante⁴⁶. El Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) ha venido a establecer idénticos umbrales de cuota de mercado en los mercados relevantes afectados a los establecidos por la Comisión Europea para delimitar las conductas de menor importancia, tanto entre competidores como no competidores reales o potenciales⁴⁷. Del mismo modo, el RDC establece que los acuerdos que contengan alguna conducta «por objeto» de las categorizadas en el art. 2, están excluidos del concepto de menor importancia⁴⁸.

En suma, para considerar que cierto tipo de comportamiento colusorio corresponde a una restricción de la competencia «por el objeto», ya que revela un grado suficiente de nocividad para la competencia, debe considerarse adecuadamente el contexto económico, el cual estará ligado al concepto de mercado de referencia. Del mismo modo, en el caso de un acuerdo que contenga restricciones «por efecto», para evaluar si el mismo recae, o no, dentro de la regla de excepción automática de las conductas de menor importancia, es necesario emplear conceptos tales como cuota de mercado y competidor real o potencial, todos ellos indudablemente definidos con respecto a un mercado relevante. Por tanto, sea para calificar una restricción «por objeto» o para evaluar una restricción «por efecto» en los casos de comportamientos colusorios, es preciso acudir de una u otra forma al concepto de mercado de referencia.

4. MOTIVACIONES ADICIONALES PARA DEFINIR EL MERCADO RELEVANTE EN LOS CASOS DE CONDUCTAS COLUSORIAS

A pesar de la aparente obligación de la autoridad de definir el mercado de referencia en aplicación del art. 101.1 del TFUE para evidenciar el

⁴⁶ Así se establece en el art. 5 de la LDC sobre las conductas de «menor importancia», en donde se señala que: «Las prohibiciones recogidas en los arts. 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado».

⁴⁷ Véase Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, art. 1, el cual establece, entre otras cosas: «A efectos de lo establecido en el art. 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, se entenderán de menor importancia, sin que sea necesaria una previa declaración a tal efecto: a) Las conductas entre empresas competidoras, reales o potenciales, cuando su cuota de mercado conjunta no exceda del 10 por 100 en ninguno de los mercados relevantes afectados. b) Las conductas entre empresas que no sean competidoras, ni reales ni potenciales, cuando la cuota de mercado de cada una no exceda del 15 por 100 en ninguno de los mercados relevantes afectados [...]» (cursiva propia).

⁴⁸ El apartado 1 relaciona las conductas entre competidores como la fijación de los precios de venta de los productos a terceros, la limitación de la producción o las ventas y el reparto de mercados o clientes. Por su parte, el apartado 2 relaciona las conductas entre no competidores tales como: el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo a los compradores; la restricción de las ventas activas o pasivas por parte de los miembros de una red de distribución selectiva; la restricción de los suministros recíprocos entre distribuidores pertenecientes a un mismo sistema de distribución selectiva; entre otros.

cumplimiento de los dos criterios expuestos en la sección anterior, suele ser habitual acudir, a modo de atajo, al argumento alternativo: «La obligación de delimitar el mercado [...] se impone a la Comisión únicamente cuando, sin dicha delimitación, no es posible determinar si el acuerdo, la decisión de asociación de empresas o la práctica concertada de que se trata pueden afectar al comercio entre Estados miembros y tienen por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común».

Sin embargo, entendemos que la delimitación del mercado relevante también resulta esencial, aún en los casos en los que la revisión de la jurisprudencia a modo de antecedentes permitiría concluir que no existe la obligación por parte de la autoridad de definir el mercado de referencia. Y esto es así porque el papel de la definición de mercado se extiende más allá de los criterios expuestos en la sección previa.

En la presente sección analizamos otros roles importantes, algunos no tan evidentes, de definir el mercado relevante en aplicación del art. 101 del TFUE y art. 1 de la LDC, tomando como referencia asuntos recientes de la autoridad nacional de defensa de competencia, en los que una adecuada caracterización del mercado podría haber dado lugar a un análisis más completo.

Con ello simplemente queremos resaltar que, aunque parezcan menos notorios, estos roles, son de capital importancia y la ausencia injustificada de la utilización del concepto de mercado de referencia puede alterar considerablemente el análisis económico de la decisión de la autoridad de competencia, afectando en particular a las empresas investigadas.

A. CALIFICACIÓN DEL TIPO DE ACUERDO

Uno de los roles adicionales de la delimitación del mercado de referencia es permitir calificar el tipo de acuerdo a examen. El mercado relevante permite determinar los productos sustitutos y, en consecuencia, las empresas que ejercen una presión competitiva efectiva o suficiente, lo cual no es otra cosa que identificar los competidores reales y potenciales de las empresas investigadas. La Comunicación del mercado de referencia, indica que «[e]l principal objetivo de la definición de mercado es determinar de forma sistemática las limitaciones que afrontan las empresas afectadas desde el punto de vista de la competencia. La definición de mercado tanto desde el punto de vista del producto como de su dimensión geográfica debe *permitir identificar a aquellos competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de estas o impedirles actuar con independencia de cualquier presión que resulta de una competencia efectiva*»⁴⁹.

Aunque lo anterior parece evidente, la importancia de ello radica en que su empleo evitaría caer en el error de calificar un acuerdo de tipo «horizon-

⁴⁹ COMISIÓN EUROPEA (1997), § 2.

tal» entre empresas que no son competidoras, lo cual iría en contra de la propia definición de acuerdos «horizontales». Al respecto, las Directrices de aplicación del art. 101 establecen que «[u]na cooperación tiene “naturaleza horizontal” cuando se concluye un acuerdo entre competidores reales o potenciales»⁵⁰, brindando asimismo la definición de lo que se entiende por competidor «real» y «potencial» en función del mercado relevante en los siguientes términos: «[s]e considera que dos empresas son *competidoras reales si operan en el mismo mercado de referencia*. Se considera que una empresa es *competidora potencial* de otra si, de no existir el acuerdo, en caso de un incremento pequeño pero permanente de los precios relativos, es probable que la primera empresa *realice en un corto periodo de tiempo las inversiones adicionales necesarias o los gastos de adaptación necesarios para poder entrar en el mercado de referencia* en el que opera la segunda empresa. Esta sustituibilidad desde el punto de vista de la oferta se debe basar en hechos realistas, pues no basta con la mera posibilidad teórica de entrar en un mercado»⁵¹ (cursiva propia).

Por tanto, para calificar un acuerdo como de naturaleza «horizontal» es necesario demostrar que las empresas pertenecen al mismo eslabón de la cadena de producción/distribución y son, por tanto, competidores, reales o potenciales, y para ello es imprescindible definir el mercado de referencia. En efecto, resulta imposible formar parte de un acuerdo horizontal cuándo este teóricamente afecta a mercados en los que una o varias de las empresas investigadas no participan o lo hacen en distintos momentos del tiempo.

Cabe señalar que la calificación de un acuerdo de naturaleza horizontal, cuando no lo es, también afectaría el reglamento de aplicación y, en consecuencia, el tipo de análisis económico y factores a tener en cuenta para evaluar la situación competitiva y la racionalidad de la conducta⁵².

Por otra parte, el alcance del mercado geográfico podría afectar la designación del organismo que tiene competencia sobre el asunto. Este argumento precisamente fue empleado por parte de algunos de los incoados según se señala en la Resolución CNMC *Concesionarios AUDI/SEAT/VW* (2015),

⁵⁰ COMISIÓN EUROPEA (2011), *Acuerdos de cooperación horizontal*, § 1.

⁵¹ *Ibid.*, § 10. Cabe señalar que las presiones derivadas de la sustituibilidad de la oferta y de la competencia potencial son generalmente menos inmediatas y, en cualquier caso, requieren el análisis de otros factores. Por esta razón, estas presiones más que ser utilizadas para la definición del mercado de referencia, generalmente se contemplan en una fase posterior de valoración del análisis de los asuntos de competencia [al respecto, véase COMISIÓN EUROPEA (1997), § 14].

⁵² Los acuerdos celebrados entre empresas situadas en niveles distintos de las cadenas de producción o distribución, es decir los acuerdos verticales, se rigen en principio por el Reglamento (UE) núm. 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas («el Reglamento de restricción de categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas») y por las Directrices sobre restricciones verticales (*Directrices relativas a las restricciones verticales*, DO C 130, de 19 de mayo de 2010, p. 1). Existen también algunos acuerdos verticales (p. ej., los de distribución) que pueden ser realizados entre competidores y cuyos efectos sobre el mercado y los posibles problemas de competencia pueden ser similares a los acuerdos horizontales. Este tipo de acuerdos verticales entre competidores son incluidos en el ámbito de aplicación de las Directrices de Comisión Europea (2011), *Acuerdos de cooperación*, véase § 12.

en el que alegaban que el mercado geográfico relevante para el expediente había sido incorrectamente delimitado por la Dirección de Competencia (DC), bajo el argumento de que algunos de los cárteles identificados incluían exclusivamente concesionarios ubicados en una única comunidad autónoma y, por tanto, debían ser analizados por la correspondiente autoridad de competencia autonómica⁵³.

Sin embargo, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC desestimó dicho argumento, sosteniendo que «el criterio para la asignación entre el Estado y las Comunidades Autónomas de la competencia para perseguir y sancionar las conductas restrictivas no es la naturaleza nacional, autonómica o local del mercado de producto relevante en cada caso, sino el ámbito geográfico *infra* autonómico o *supra* autonómico de los efectos restrictivos de la competencia que produce o puede producir una determinada conducta»⁵⁴.

B. DETERMINAR LA EXISTENCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA CONCLUIR LA FACTIBILIDAD DE UN ACUERDO COLUSORIO

Cuando el caso se construye sobre la base de presunciones basadas en indicios, sin la existencia de una prueba directa del funcionamiento del cártel, el análisis de la autoridad de competencia no debería obviar el «contexto económico» para deducir que se presentan los elementos suficientes para concluir que el acuerdo colusorio es factible. En caso de llegar a dicha conclusión, la autoridad debe proceder a construir los argumentos económicos robustos basados en la evidencia del mercado que expliquen, con suficiente grado de certeza, los efectos restrictivos sobre la competencia derivada del acuerdo.

La teoría económica ha identificado ciertos factores que ayudan a identificar mercados con tendencia a cartelizarse o donde la colusión es factible y sostenible. Al respecto, IVALDI *et al.* (2003) señala que existen, primero, algunas variables estructurales básicas, tales como el número de competidores, las barreras a la entrada, la frecuencia de la interacción de las empresas en el mercado y la transparencia del mercado. Segundo, características desde el lado de la demanda: evolución de la demanda del mercado (creciente, estancada o descendiente), presencia de ciclos o fluctuaciones económicas significativas. Tercero, características desde el lado de la oferta, tales como si el mercado está influido por la tecnología e innovación, la simetría de las empresas en términos de capacidad, ventas, costes y alcance geográfico de los mercados en los que participa, así como si estas ofrecen productos homogéneos o si existe una diferenciación horizontal o vertical

⁵³ Resolución CNMC *Concesionarios AUDI/SEAT/VW* (2015), pp. 93 y 94.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 95. Al respecto cita como ejemplo la Resolución CNC de 26 de octubre de 2011, Expte. S/0192/09, *Asfaltos*, precisando además que dicho extremo ha sido avalado por la Audiencia Nacional (SAN de 7 de mayo de 2014: «La Sala comparte estos planteamientos, porque resulta del expediente que la conducta afectó o pudo afectar a diversas CCAA»).

suficiente, entre otros aspectos. Sin embargo, todos estos factores no podrían analizarse sin hacer alusión a un mercado relevante específico. Por ejemplo, para identificar el número de competidores reales o potenciales es imprescindible definir el alcance del mercado en términos de productos y zonas geográficas.

Aunque siempre resulta preciso realizar un análisis caso por caso, los estudios teóricos y empíricos señalan algunos de los factores que facilitarían la colusión en un mercado. De forma muy sencilla, cuanto menor sea el número de competidores, más simétricos sean estos en cuanto a tamaño, alcance geográfico e intereses, exista una mayor homogeneidad de los productos, así como una mayor estabilidad en la demanda y en las condiciones de oferta tales como costes y capacidades, y entre más transparente sea el mercado, tanto más probable será la colusión y, sobre todo, más fácil será su mantenimiento a lo largo del tiempo.

A manera de ejemplo, cabe traer a colación la Resolución CNMC *Residuos* (2015) en la que la CNMC señala la existencia de «una práctica concertada global o general» de «reparto de mercado y mantenimiento del *statu quo*», la cual se manifiesta, según la CNMC, a través de «todos los contactos bilaterales acreditados en el expediente» y que tendría un «objeto y efecto restrictivo de esta actuación concertada global de reparto de mercado unitario para todas las empresas, sectores de actividad y ámbitos geográficos» siendo el principal efecto de naturaleza dinámica al «compartimentar los mercados, mantener el *statu quo*, la contracción de la oferta de nuevas plantas y peores condiciones para los clientes».

No obstante y con independencia de la calificación de determinadas conductas particulares en el caso, a nivel general podría existir una desconexión entre el problema de competencia inferido por la CNMC —acuerdo de reparto global— y los rasgos del sector y de los mercados relevantes que deberían soportar dicha inferencia. Y esto sería así porque se observa de manera general que las características y rasgos propios de los sectores de gestión de residuos y de saneamiento urbano en España, difícilmente permitirían definir unas pautas de entendimiento globales capaces de sostener un acuerdo global de reparto de todos los mercados afectados y abierto a todas las empresas a lo largo del tiempo.

A manera de ejemplo, uno de los factores característicos en los sectores de gestión de residuos y de saneamiento urbano sería la existencia de actividades heterogéneas, que incluyen productos y servicios diferenciados y que implicaría la diversidad de mercados relevantes. En efecto, las múltiples actividades y servicios incluidos en estos sectores exhibirían, entre otros, usos, características, precios, tipos de clientes, condiciones de negociación o contratos diferentes entre sí, además de poseer una diversidad en la presencia geográfica⁵⁵. Por tanto, buena parte de dichas actividades

⁵⁵ En particular, en estos sectores participarían múltiples agentes con diverso alcance de productos, zonas geográficas, servicios y tamaño en términos de ventas y capacidades (asimetría en la oferta); la demanda se caracterizaría por ser altamente inestable y con tendencia decreciente durante el

configurarían mercados relevantes separados, como así lo señalan algunos precedentes de las autoridades de competencia nacional y comunitaria⁵⁶, con operadores de distinto perfil y alcance geográfico y de servicios muy dispersos, que implicarían condiciones competitivas muy diversas, que harían difícil, si no imposible, la existencia de mecanismos de control y vigilancia sobre el cumplimiento de los términos de una eventual práctica colusoria entre alrededor de las 50 empresas investigadas.

C. APRECIABILIDAD DE LOS EFECTOS

Cuando se excedan los umbrales de la Comunicación *de minimis* y se considere que el acuerdo puede tener el efecto de restringir la competencia, es necesario examinar si dicho efecto es «apreciable». Es posible que dichos acuerdos no tengan más que un efecto insignificante sobre la competencia y que, por tanto, no resulten prohibidos en virtud de las normas de competencia⁵⁷.

Para que un acuerdo tenga efectos restrictivos de la competencia a tenor del art. 101.1, este debe tener un impacto negativo «apreciable», real o probable, por lo menos en alguno de los parámetros que revelan la competencia del mercado, tales como el precio, la producción, la calidad de los productos, la variedad de productos o la innovación⁵⁸. Para evidenciar lo anterior, es necesario recurrir al análisis del «contexto económico» en el que se desarrolla la conducta con el fin de evaluar la «significatividad» de sus efectos, aspecto dentro del cual la delimitación mercado relevante juega un papel fundamental.

De esta forma, ciertos criterios económicos como el del poder de mercado de las partes, la identificación de los competidores reales y potenciales, las barreras a la entrada, el comportamiento estratégico de los agentes y el poder compensatorio de la demanda, así como otros factores referentes a la estructura de los mercados; son todos ellos aspectos relacionados con

periodo investigado derivado de la crisis económica; los precios, al ser productos y servicios diferenciados, estarían influidos por diversos factores no comunes entre sí; existiría poder compensatorio de la demanda por parte de los entes públicos o grandes clientes industriales que definen explícitamente los requisitos y alcance de las licitaciones o concursos para la prestación de servicios, lo cual derivaría a su vez en la presencia de información asimétrica entre los agentes que participan en el mercado.

⁵⁶ Véanse por ejemplo: asuntos *M.283 Waste Management International/S.A.E.* (1992), *M.868, GNK/Brambles/Mabeg* (1996), *M.916 Lyonnaise des Eaux/Suez* (1997), *M.1059 Suez Lyonnaise-BFI* (1997), *M.1365 FCC/Vivendi* (1999), *M.2897 Sita SverigeAB/Sydskraft Ecoplus* (2002), *M.4576 AVR/Van-Ganewinkel* (2007) y Expte. N-06030 *Acciona/Pridesa* (2006).

⁵⁷ Comunicación *de minimis*, § 3. Véase, por ejemplo, la Sentencia *TJ Bagnasco y otros* (1999), §§ 34 y 35: «Un acuerdo no está comprendido en la prohibición del art. 85 cuando solo afecta al mercado de forma insignificante (Sentencias *Deere/Comisión*, § 77, y *New Holland Ford/Comisión*, § 91)».

⁵⁸ COMISIÓN EUROPEA (2011), *Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE*, § 27. En este mismo sentido, las Directrices de la Comisión sobre la aplicación del art. 81, apartado 3 del Tratado señalan en el § 24 que «[p]ara que un acuerdo sea restrictivo por sus efectos, debe afectar a la competencia real o potencial en una medida tal que pueda verse afectada y tendrá efectos negativos sobre los precios, la producción, la innovación o la variedad o calidad de los productos y servicios en el mercado de referencia con un grado razonable de probabilidad».

la delimitación del mercado relevante y constituyen un elemento clave para precisar el contexto económico y, en consecuencia, para la evaluación de los efectos que un acuerdo puede producir en los mercados a la luz de los procedimientos de infracción en materia de conductas colusorias⁵⁹.

Al respecto, la STPI *European Night Services y otros* (1998) señaló que «la Decisión impugnada no contiene referencia alguna a las cuotas de mercado de ENS ni a las cuotas de mercado de otros operadores, competidores de ENS, que están también presentes en los diferentes mercados intermodales que la Comisión ha considerado mercados pertinentes a efectos de aplicar el apartado 1 del art. 85 del Tratado. De ello se deduce que, aun suponiendo que, en contra de lo que alegan las partes demandantes, los acuerdos ENS restrinjan la competencia, no es menos cierto que, *al no existir en la Decisión impugnada tales criterios de análisis del mercado pertinente, este Tribunal no está en condiciones de pronunciarse sobre la cuestión de si las supuestas restricciones de competencia tienen un efecto sensible sobre el comercio entre Estados miembros y se hallan comprendidas por tanto en el ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 85 del Tratado, en especial habida cuenta de la competencia intermodal que caracteriza, según la propia Decisión, los dos mercados de servicios afectados*»⁶⁰ (cursiva propia).

Así también lo ha expresado el Tribunal Supremo en la STS *Kutxa* (2013) en los siguientes términos: «Para el caso de que lleguemos a la conclusión de que el acuerdo de que se trate no tiene por objeto, por su propia naturaleza, restringir la competencia, entonces hemos de acudir al examen de sus efectos, reales y potenciales, lo que *exige precisar el marco económico en el que se producen los acuerdos, esto es, definir el mercado afectado, los productos, los competidores y demás circunstancias concurrentes, [...] como señalan también las Directrices de 2004: para analizar los efectos restrictivos de un acuerdo, en principio es preciso definir el mercado de referencia*. También debe en principio examinarse y evaluarse, entre otras cosas, la naturaleza de los productos, la posición de mercado de las partes, de los competidores y de los compradores, la existencia de competidores potenciales y el nivel de las barreras a la entrada»⁶¹ (cursiva propia).

Por tanto, la apreciación de los efectos anticompetitivos de un acuerdo no puede realizarse en abstracto, sino que exige tomar en consideración el marco concreto en el que se producen los acuerdos, y en particular, el contexto económico en el que operan las empresas, la naturaleza de los bienes y servicios contemplados, así como la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado relevante.

Por otra parte, existen antecedentes de la autoridad nacional de competencia, en los cuales se aplica el criterio de conductas de menor importancia a prácticas restrictivas de la competencia, aun cuando por su carácter estuvieran excluidas de la aplicación automática de la regla de cuota de

⁵⁹ COMISIÓN EUROPEA (2011), *Acuerdos de cooperación*, § 5.

⁶⁰ Sentencia TPI *European Night Services y otros* (1998), apartado 93.

⁶¹ STS *Kutxa* (2013), Fundamentos de Derecho, punto 1.º

mercado⁶². En particular, en la Resolución CNC *El Corral de las Flamen-cas* (2009) se señaló que la fijación de precios de carácter vertical es una de las tipologías de conductas excluidas del concepto de menor importancia por cuota según la normativa nacional, impidiendo su exención automática. No obstante, la CNC determinó que «dada la naturaleza vertical de esta conducta, su exclusión de la regla *de minimis* [...] no impide su análisis individual para verificar la existencia de efectos apreciables contrarios a la competencia y, en su caso, para que las empresas puedan aportar sus alegaciones de eficiencia»⁶³. Al respecto, la autoridad de competencia consideró el contexto económico de la conducta para determinar que no procedía declarar la existencia de infracción a la LDC al encontrar que la conducta no había tenido efecto significativo sobre la competencia en el mercado ni era apta para tenerlo, teniendo en cuenta entre otros aspectos, la cuota del mercado y las características de competencia en el mercado relevante^{64, 65}.

En consecuencia, para determinar si una conducta colusoria tiene un efecto apreciable sobre la competencia, aun cuando incluya una restricción por objeto, debe considerarse por el órgano decisor el «contexto económico» en el que se desarrollan las conductas, el cual debería estar sustentado en el criterio del mercado de referencia.

D. EVENTUALES EFICIENCIAS DEL ACUERDO

La existencia de un acuerdo que conlleve una restricción por objeto o una restricción por efecto que supere los umbrales de la regla de excepción *de minimis*, no evita que pueda considerarse la alegación de eventuales mejoras de eficiencia generadas por el mismo (art. 101.3 del TFUE y art. 1.3 de la LDC). La Comisión Europea ha establecido que la aplicación de la excepción se supedita al cumplimiento de cuatro condiciones acumulativas⁶⁶:

⁶² Véase Resolución CNC *El Corral de las Flamen-cas* (2009); Resolución CNC *Natura Bisse* (2010); Resolución CNC *Mantra* (2013).

⁶³ Véase punto 3.º en Fundamentos de Derecho de la Resolución CNC *El Corral de las Flamen-cas* (2009).

⁶⁴ *Ibid.*, punto 4.º en Fundamentos de Derecho, en el cual se concluye que «[s]e trata de una empresa con una cuota de mercado poco significativa, inferior al 1 por 100, en un mercado relativamente atomizado donde no se aprecia la existencia de redes paralelas de acuerdos. La empresa distribuye a través de una red de venta diseminada, sujeta a la competencia intermarca y frente a la que tiene escaso poder negociador, lo que resta efectividad a la conducta. En estas condiciones la conducta no es apta para afectar de manera significativa a la competencia».

⁶⁵ Del mismo modo, en la Resolución CNC *Mantra* (2013), la Dirección de Investigación encontró que la investigada habría incurrido en una infracción del art. 1 de la LDC por conductas de carácter vertical consistentes en fijar unos precios mínimos de reventa al público y restringir el territorio en el que se pueden realizar las ventas por sus distribuidores, conductas exceptuadas de la aplicación automática de la regla de la cuota de mercado de la exención *de minimis*. No obstante, teniendo en cuenta el contexto económico en el que se habrían llevado a cabo las conductas, el Consejo de la CNC concluyó que no parecía que las mismas fuesen aptas para afectar de manera significativa la competencia debido a que en el mercado analizado «no existen barreras de entrada, hay una multitud de operadores y no consta que el denunciante disponga de una cuota de mercado relevante».

⁶⁶ COMISIÓN EUROPEA (2011), *Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE*, § 49. La Comisión indica que «cuando se reúnen estas cuatro condiciones, el acuerdo favorece la competencia en el mercado de referencia por incitar a las empresas a ofrecer a los consumidores productos

- Los acuerdos deben contribuir a generar mejoras de eficiencia⁶⁷.
- Las restricciones deben ser indispensables para alcanzar las mejoras de eficiencia.
- Las mejoras de eficiencia, incluidas las cualitativas, deben procurar un beneficio suficiente a los consumidores de tal modo que al menos compensen los efectos restrictivos del acuerdo.
- El acuerdo no debe ofrecer a las empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

Al respecto, vale la pena resaltar que el criterio de mercado de referencia se encuentra de forma explícita e implícita a lo largo del cumplimiento de las condiciones previamente relacionadas.

En primer lugar, al relacionar los principios generales que rigen la aplicación de la exención de eficiencias, la Comisión señala que «la evaluación de los beneficios resultantes de los acuerdos restrictivos a la luz del apartado 3 del art. 81 *se lleva a cabo dentro de los límites de cada mercado de referencia al que se refiera el acuerdo*. Las normas comunitarias de competencia tienen por objeto la protección de la competencia en el mercado, y no pueden disociarse del mismo»⁶⁸ (cursiva propia).

Por otra parte, los consumidores⁶⁹ a los que se hace mención en la tercera condición son aquellos que operan dentro del mercado relevante, siendo el objetivo fundamental de la evaluación determinar la incidencia global del acuerdo sobre los mismos⁷⁰. Al respecto, la Comisión señala que «*las eficiencias generadas por el acuerdo restrictivo en un mercado de referencia deben ser suficientes para compensar los efectos anticompetitivos producidos por el acuerdo en el mismo mercado de referencia*»⁷¹ (cursiva propia). Además, la Comisión aclara que el factor decisivo reside en la incidencia global sobre los consumidores de productos incluidos en el mercado de referencia, y no en miembros individuales de ese grupo de consumidores⁷².

más baratos o de mejor calidad, lo que compensará a estos últimos por los efectos adversos de las restricciones de la competencia» (cursiva propia). Véase COMISIÓN EUROPEA (2004), *Directrices de la Comisión sobre la aplicación del art. 81, apartado 3 del Tratado*, § 34.

⁶⁷ Las eficiencias son entendidas, de forma general, como el resultado de una integración de actividades económicas en virtud de la cual las empresas combinan sus activos a fin de realizar algo que no podrían realizar con la misma eficacia por sí solas, o mediante la cual encomiendan a otra empresa tareas que esta podrá llevar a cabo con mayor eficacia. Estas eficiencias deben cuantificarse en términos monetarios. Sin embargo, al considerarse el traslado de eficiencias a los consumidores también pueden incluirse eficiencias cualitativas, tales como productos nuevos o mejorados, que aporten a los consumidores un valor suficiente para compensar los efectos anticompetitivos del acuerdo, incluidas las subidas de precios. Véase COMISIÓN EUROPEA (2004), *Directrices de la Comisión sobre la aplicación del art. 81, apartado 3 del Tratado*, §§ 48 a 72 y 102.

⁶⁸ *Ibid.*, § 43.

⁶⁹ El concepto de «consumidores» engloba a todos los usuarios directos o indirectos de los productos contemplados en el acuerdo, incluidos los productores que utilizan los productos como *input*, los mayoristas, los minoristas y los consumidores finales. *Ibid.*, § 84.

⁷⁰ *Ibid.*, § 103.

⁷¹ *Ibid.*, § 43. En principio, los efectos negativos para los consumidores en un mercado geográfico o mercado de productos no pueden compararse ni compensarse con los efectos positivos para los consumidores de otro mercado geográfico o mercado de productos ajeno a aquel.

⁷² *Ibid.*, § 86.

Por último, para la aplicación de la última condición, la Comisión indica que se requiere un análisis realista de las distintas fuentes de competencia en el mercado, del nivel de presión competitiva que ejercen sobre las partes del acuerdo y de la incidencia del acuerdo en dicha presión, atendiendo tanto a la competencia actual como a la potencial⁷³; todos ellos conceptos que hacen de nuevo alusión al criterio de mercado de referencia.

En principio, todos los acuerdos restrictivos que reúnan las cuatro condiciones pueden acogerse a la excepción, aun cuando se trate de restricciones por objeto, motivo por el cual hay que tener en cuenta las circunstancias particulares de cada caso⁷⁴.

Todo lo anterior refuerza el argumento de la necesidad de utilizar el criterio de mercado relevante en los asuntos de aplicación del art. 101 del TFUE o art. 1 de la LDC. Justamente, si estamos en un análisis con sede en el art. 101.3, uno de los primeros aspectos por los que se debe empezar corresponde a la determinación del mercado de referencia, por cuanto es indispensable para evaluar el alcance del cumplimiento de las distintas condiciones.

No obstante, si el análisis del acuerdo se inicia a partir del art. 101.1 puede darse un escenario en el que el órgano decisor argumente que no es necesaria la definición del mercado relevante, más aún si el acuerdo que se está investigando contiene alguna restricción por objeto. En este último caso, si las empresas investigadas solicitan la exención por mejoras de eficiencia, su análisis estará condicionado al contexto económico que haya sido definido por la autoridad de competencia⁷⁵. Adicionalmente, las empresas deben probar adecuadamente el cumplimiento de cada una de las cuatro condiciones sobre dicho contexto económico definido por el órgano decisor, teniendo en cuenta que la carga de la prueba recae en las empresas que invoquen dichas eficiencias⁷⁶.

En consecuencia, si no se realiza por parte de la autoridad de competencia un adecuado marco de análisis económico en los procedimientos

⁷³ *Ibid.*, § 108.

⁷⁴ Por ejemplo, en el caso de los acuerdos de producción está permitido hasta cierto punto, que las partes se pongan de acuerdo en la producción directamente afectada por el acuerdo, a condición de que no se eliminen los otros parámetros de competencia. Del mismo modo, en aquellos acuerdos de producción que también contemplen la distribución conjunta de los productos se permitiría, en principio, la fijación conjunta de los precios de venta de estos productos, y solo de estos, siempre que esta restricción sea necesaria para la producción conjunta.

Lo anterior igualmente aplicaría para los acuerdos de compra conjunta que entrañan la fijación de precios de compra y que podría concluirse inicialmente que tendrían por objeto restringir la competencia a tenor del art. 101.1; sin embargo, esto no es así cuando las partes del arreglo de compra conjunta acuerdan los precios de compra que dicho acuerdo puede pagar a sus proveedores por los productos objeto del contrato de suministro. En este caso se debe evaluar si el acuerdo produce probablemente efectos restrictivos de la competencia a tenor del art. 101.1. Véase COMISIÓN EUROPEA (2011), *Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del TFUE*, §§ 160, 161 y 206.

⁷⁵ En efecto, en el asunto del TPI *Shaw* (2002), § 163, el Tribunal de Primera Instancia determinó que «la evaluación al apartado 3 del art. 81 debía efectuarse en el mismo marco analítico empleado para evaluar los efectos restrictivos».

⁷⁶ Véase art. 2 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado.

del art. 101.1, las empresas investigadas difícilmente podrían probar que cumplen el art. 101.3, ya que tendrían que demostrar que se cumplen todas las condiciones para aplicar la exención sobre un mercado de referencia diferente, particularmente si el mismo es considerado menor por las empresas investigadas con respecto al inferido por la autoridad de competencia⁷⁷. Por tanto, al evaluar el traslado de las eficiencias a los consumidores se encuentra que, cuanto más amplio sea el mercado relevante, mayor es el número de consumidores a los cuales hay que reservar una participación equitativa de las eficiencias resultantes y, por tanto, mayores deben ser las eficiencias a ser alcanzadas por el acuerdo para considerar que cumplen dicha condición⁷⁸.

Lo anterior evidencia una incongruencia en el sentido de que el criterio de mercado de referencia considerado como imprescindible para el análisis económico bajo el art. 101.3 del TFUE o art. 1.3 de la LDC, podría aparecer desestimado en sede del art. 101.1 del TFUE o art. 1.1 de la LDC por la autoridad de defensa de la competencia⁷⁹. Además, teniendo en cuenta que la carga de la prueba sobre la cláusula de exención por mejoras de eficiencia recae sobre las empresas investigadas, la información económica que presenten las partes para demostrar el cumplimiento de cada una de las cuatro condiciones estará seguramente sujeta a un «escrutinio efectivo» por parte de la autoridad de competencia, situación muy distinta a si el análisis solamente se enmarca dentro del art. 101.1, en donde los argumentos de la autoridad de competencia difícilmente estarán sujetos a algún tipo de escrutinio similar o con el mismo alcance⁸⁰.

⁷⁷ A manera de ejemplo, en la Sentencia del TJ *Publishers Association* (1995), § 29, se determinó que, a la hora de aplicar el apartado 3 del art. 81 no era correcto atender únicamente a los efectos en el territorio nacional dado que el análisis previo bajo el art. 81.1 había considerado que el mercado de referencia era más amplio que el nacional.

⁷⁸ Contrariamente a lo que sucede en los casos de concentración económica donde la autoridad de defensa de la competencia busca identificar los mercados relevantes más estrechos posibles, en los casos de conductas colusorias la tendencia del órgano decisor consiste en ampliar los mercados, particularmente en aquellos casos considerados como infracción única y continuada. Sobre ello, LAMADRID (2015, p. 43) señala: «Lejos de ser baladí, la aplicación de la doctrina de la infracción única y continuada puede tener serias consecuencias; entre ellas, y principalmente, permite ampliar el mercado de producto y geográfico afectado por la infracción (lo que, a su vez, tiene relevancia capital en el cálculo del importe de la sanción) y evitar la prescripción de conductas antiguas mediante su unión y evaluación conjunta con infracciones aún no prescritas».

⁷⁹ En un contexto de autoevaluación de un acuerdo entre empresas, estas solamente tendrían la posibilidad de defender que el acuerdo cumple con las condiciones del art. 101.3 en el caso de que la autoridad de competencia, de oficio o por denuncia, inicie un procedimiento de investigación, por lo que las empresas dependerían de que bajo dicho proceso se defina adecuadamente el mercado, entendiéndose que el mismo coincidiría con aquel incluido en la evaluación *ex ante*.

⁸⁰ En particular BISHOP (2013) indica «un problema que enfrenta la aplicación práctica económica en la política de competencia europea está relacionado con una diferencia fundamental en el análisis económico de las partes y aquel realizado por la autoridad de competencia, denominado «escrutinio efectivo». Mientras que los argumentos económicos remitidos por las partes están sujetos a un escrutinio completo, aquellos planteados por la autoridad de competencia no están sujetos a ninguno, dado que el recurso ante los Tribunales no involucra generalmente una evaluación substantiva detallada del análisis económico realizado por las autoridades de competencia».

E. CÁLCULO DE LA MULTA

A la hora de realizar el cálculo de la multa por parte de las autoridades de competencia, resulta necesaria la definición del mercado relevante. Así, en el caso español, el art. 64 de la LDC señala que el importe de las sanciones se fijará atendiendo, entre otros⁸¹, a los siguientes criterios: *a)* la dimensión y características del mercado afectado por la infracción⁸², y *b)* la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables.

Al respecto, el Tribunal Supremo señala que la definición del mercado relevante o de referencia «también constituye un elemento o factor pertinente para evaluar la entidad y alcance real de una conducta restrictiva de la competencia, a los efectos de poder fijar la sanción que procede imponer, de acuerdo a lo establecido en el art. 10.2 del referido cuerpo legal, en cuanto permite identificar a los competidores reales de las empresas afectadas que pueden limitar el comportamiento de estas o impedirles actuar de forma independiente»⁸³.

A nivel comunitario, el importe básico de las multas se calculará a partir del valor de las ventas de bienes o servicios realizadas por la empresa, en relación directa o indirecta con la infracción, en el sector geográfico correspondiente⁸⁴. Además, la Comisión aclara que el cálculo de la multa no puede realizarse en relación con productos que no sean los que hayan sido objeto de la práctica colusoria⁸⁵.

Por tanto, la definición del mercado relevante afectado por la conducta, tanto a nivel de producto como geográfico, también sería un elemento útil en el método empleado para el cálculo de las multas por procedimientos de infracción por conductas colusorias. La ampliación injustificada del merca-

⁸¹ Otros criterios son: *c)* el alcance de la infracción; *d)* la duración de la infracción; *e)* el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores; *f)* los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción, y *g)* las circunstancias agravantes y atenuantes que concurren en relación con cada una de las empresas responsables.

⁸² El concepto mercado afectado por la conducta infractora puede o no coincidir con el mercado de producto y geográfico relevante. El mercado afectado no viene determinado por el territorio en el que las condiciones de competencia son homogéneas, sino por el espacio geográfico en el que la infracción analizada haya producido o sea susceptible de producir efectos sobre las condiciones de competencia efectiva. No obstante, para considerar los efectos sobre la competencia efectiva deben considerarse conceptos relacionados con el criterio de mercado de referencia.

⁸³ STS *Kutxa* (2013), Fundamentos de Derecho, punto 2.º

⁸⁴ COMISIÓN EUROPEA (2006), *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a) del Reglamento (CE) núm. 1/2003. Apartado 13*. Por ejemplo, en el asunto COMP/ 39181, *Ceras para velas* (2008), la Comisión señala en el apartado 629 que: «Con el fin de determinar el importe de base de la multa, la Comisión empieza a partir del valor de las ventas de bienes o servicios realizadas por la empresa, en relación con la infracción, en el mercado geográfico de referencia dentro del EEE. La Comisión utilizará normalmente las ventas de la empresa durante el último ejercicio social completo de su participación en la infracción».

⁸⁵ En el apartado 59 de la Sentencia TPI *Brouwerij Haacht NV* (2005), el Tribunal advierte que: «Dado que la determinación del importe de la multa debe basarse en la gravedad y la duración de la infracción comprobadas por la Comisión, la apreciación de la capacidad económica efectiva de los autores para causar un perjuicio a los demás operadores, en particular a los consumidores, con el fin de calcular la multa impuesta por motivo de la infracción cometida, no puede realizarse en relación con productos que no sean los que hayan sido objeto de la práctica colusoria».

do de referencia afectado por la infracción podría llevar al establecimiento de una multa que implique un tipo sancionador alto, lo cual podría afectar al principio de proporcionalidad de la misma.

F. APLICACIÓN PRIVADA: COMPENSACIÓN POR DAÑOS Y PERJUICIOS

En 2014 se aprobó la Directiva de daños⁸⁶ con el propósito de garantizar la plena recuperación del daño sufrido a cualquier víctima de alguna infracción del Derecho de la competencia por parte de una empresa o conjunto de empresas, fijando un estándar mínimo que facilite la interposición de demandas de daños y perjuicios en el conjunto de la UE.

La Directiva otorga una presunción a la infracción constatada en una decisión firme de una autoridad nacional de la competencia o del órgano jurisdiccional competente, la cual comprendería la naturaleza de la infracción y su alcance (material, personal, temporal y territorial), aspectos que no son objeto de discusión en las acciones posteriores por daños, considerando que esa constatación ha sido establecida de modo irrefutable⁸⁷.

Por lo anterior, resulta fundamental que el criterio del mercado relevante se encuentre desde un principio en la decisión del organismo competente por cuanto el mismo no solamente tiene influencia durante todo el procedimiento hasta que la resolución de infracción sea firme, sino que trasciende de este ámbito y formaría parte fundamental dentro de una eventual demanda de daños y perjuicios que se presente de forma *ex post* a la terminación del procedimiento ante los órganos correspondientes. La delimitación del mercado relevante permitiría, entre otras cosas, identificar claramente a los compradores directos e indirectos de las empresas sancionadas, lo cual se alinea con el espíritu de la norma por cuanto pretende que cualquier víctima de una infracción de competencia obtenga un «pleno resarcimiento» del perjuicio sufrido⁸⁸ y evite su sobrecompensación.

Adicional a la identificación efectiva de las víctimas de la infracción, el concepto de mercado relevante suele jugar un papel fundamental en la cuantificación del daño de tales víctimas, tarea que puede resultar bastante compleja⁸⁹. En efecto, cuantificar el perjuicio requiere evaluar cómo habría evolucionado el mercado de no haber sido por la infracción. La Directiva de

⁸⁶ Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea. *DO UE* L 349, de 5 de diciembre [Directiva de daños (2014)].

⁸⁷ Directiva de daños (2014), considerando 34 y art. 9.

⁸⁸ El pleno resarcimiento pretende devolver a una persona que haya sufrido un perjuicio a la situación previa en la que habría estado de no haberse cometido la infracción del Derecho de la competencia. Dicho resarcimiento abarca el derecho a indemnización por el daño emergente y el lucro cesante, más el pago de los intereses. Véase *ibid.*, art. 3.

⁸⁹ Piénsese por ejemplo en el caso del cártel del azúcar donde estaba identificado claramente un solo producto relevante (azúcar para usos industriales), los compradores directos (productores que emplean el azúcar como insumo en el proceso productivo), con un alcance geográfico concreto (territorio nacional) y un periodo temporal específico de la infracción (febrero de 1995 a julio de

daños (2014) presupone, dependiendo de las circunstancias del asunto, que las infracciones de cártel provocan un perjuicio reflejado particularmente a través de un efecto sobre los precios, bien sea a través de un incremento o que los mismos no lograron una reducción que se habría producido, de no ser por el cártel. Bajo este escenario, se busca resolver cuál hubiese sido el precio del producto para los compradores (directos o indirectos) de no haber existido el cártel durante el periodo de infracción.

Lo anterior implica realizar la reconstrucción de un escenario de mercado que, por definición, es hipotético, por lo que nunca puede hacerse con total precisión. Una vez se construya el escenario de referencia («escenario sin infracción»), se utilizará el mismo para comparar con la situación real para estimar la cuantificación del daño. Sin embargo, esta tarea será más compleja cuanto mayor sea el espacio temporal de la infracción y la amplitud de los mercados relevantes, tanto en términos de producto como geográfico, considerados en la decisión firme del órgano competente, por cuanto se multiplica el número de factores específicos a considerar.

Por tanto, si el mercado relevante está correctamente definido en la decisión de infracción, se facilitaría el proceso de cuantificación de los daños y perjuicios al permitir circunscribir la información necesaria para el análisis exclusivamente a ese mercado. En este sentido, es posible tener como punto de referencia el precio de ese mercado justo antes del inicio de la infracción.

Para desvelar cuál hubiese sido el precio que razonablemente se habría presentado en el mercado de no ser por la conducta restrictiva de la competencia, se puede acudir a determinar la dinámica del mercado relevante a través de modelos de organización industrial que reflejen el comportamiento estratégico exclusivamente de los agentes de ese mercado. La elección del modelo apropiado es importante por cuanto el resultado de los mismos varía significativamente dependiendo de las hipótesis y supuestos que se adopten, los cuales deben expresar las características reales del mercado analizado⁹⁰. Alternativamente, puede recurrirse a otro método comparativo consistente en examinar datos obtenidos en los mismos mercados producto relevantes pero para un grupo de consumidores o mercados geográficos no afectados por la infracción, con la finalidad de estimar el comportamiento de las variables de competencia (precio, ventas, etc.) en un escenario sin infracción.

Bajo esta situación, la exigencia del Tribunal Supremo con respecto a que el informe pericial debe formular «una hipótesis razonable y técnica-

1996). Aun así, la estimación de la cuantía del daño causado por la infracción fue compleja al tener que basarse en hipótesis de comportamiento del precio a partir de costes. Véase STS *Azúcar* (2013).

⁹⁰ A manera de ejemplo, si las empresas del mercado compiten en precios, el modelo base de competencia a utilizar para construir el escenario alternativo de referencia sería preferiblemente uno de competencia perfecta u oligopolio de Bertrand con bienes homogéneos o bienes diferenciados o competencia monopolística, por ser estos los modelos teóricos en los que los agentes compiten en precios. Véase OXERA (2009), p. 80.

mente fundada sobre datos contrastables y no erróneos»⁹¹, es más difícil de cumplir cuanto más difusa o amplia sea la delimitación del mercado de referencia que se encuentre en la decisión de infracción en firme. Este efecto se agrava si dicha conclusión sobre el mercado es el resultado de acudir a presunciones y apelando a precedentes para evitar la obligación de definir el mercado relevante, prescindiendo al mismo tiempo de realizar un análisis económico exhaustivo del mercado durante el procedimiento de investigación. En este escenario, mayor será el número de factores y la información necesaria a considerar en el análisis y, por ende, mayor será la complejidad de la cuantificación de los daños y perjuicios, así como la carga para las empresas investigadas. Por ejemplo, las empresas se verían obligadas a defenderse de denuncias en mercados en los cuales la conducta no tuvo lugar, bien sea porque era un mercado relevante distinto o porque la conducta no tuvo efecto. También la empresa tendría que defenderse de denuncias en mercados en los que apenas participa de manera residual o simplemente no compete.

5. CONCLUSIONES

Los órganos decisores han prescindido de manera ocasional de la delimitación del mercado relevante o de referencia en los procedimientos sancionadores por infracciones en materia de conductas colusorias, particularmente en aquellas prácticas que se consideran como restricciones por objeto.

Si bien los cárteles son de las conductas más perjudiciales para la competencia y los consumidores, también es necesario que las decisiones relativas al art. 101 del TFUE y art. 1 de la LDC/2007 se encuentren sustentadas adecuadamente desde el punto de vista económico. Por ello sugerimos, al igual que sucede para el caso de concentraciones y abuso de posición de dominio, incorporar la delimitación del mercado relevante como parte del estándar mínimo del análisis económico de las conductas colusorias, particularmente cuando el caso se construye sobre la base de presunciones basadas en indicios y sin la existencia de una prueba directa del funcionamiento del cártel.

De esta forma, el análisis económico de los procedimientos de infracción en materia de acuerdos se vería enriquecido al dotar de mayor grado de objetividad y coherencia la evaluación realizada por el órgano decisor sobre la situación de competencia y el análisis de los efectos de las conductas en el mercado. Ello es así por cuanto el concepto de mercado relevante ayuda decisivamente a determinar el contexto económico apropiado de análisis, identificando a los competidores reales y potenciales, y definiendo el alcance de las restricciones competitivas efectivas que enfrentan las empresas investigadas, tanto en términos de productos como de áreas geográficas.

⁹¹ Véase STS *Azúcar* (2013), punto 7.º, numeral 3.

Además, las consecuencias para las empresas investigadas por dichas infracciones no serían las mismas en un escenario en el que se defina el mercado relevante frente a otro en el que se prescindiera del mismo. A manera de ejemplo, su adecuada delimitación permitiría establecer con más certeza:

- Los argumentos de defensa y prueba por las empresas a lo largo del proceso de investigación ante la autoridad de competencia y eventuales interposiciones de recursos posteriores.
- Si se presentan los elementos suficientes para determinar si es factible la existencia de una conducta colusoria y si la misma restringe o distorsiona de forma apreciable la competencia.
- Los elementos a tener en cuenta en los procesos de autoevaluación de acuerdos por parte de las empresas, particularmente aquellos que apelan a la existencia de eventuales eficiencias.
- Los elementos de contra-argumentación y cuantificación del daño en situaciones *ex post* relativos a los procesos de reclamaciones de daños.

Por tanto, de igual modo que se espera que la información económica presentada por las empresas ante la autoridad de competencia esté sustentada en hipótesis razonables y técnicamente fundada sobre datos contrastables y no erróneos, debería aplicarse lo mismo al análisis económico incorporado por el órgano decisor en materia de infracciones por conductas colusorias, evitando acudir a precedentes —que son de por sí diferentes y aplicados según un contexto particular—, así como a presunciones y razonamientos subjetivos los cuales, de forma general, pueden no corresponderse de manera automática con el asunto de competencia analizado y la evidencia económica presente en los mercados investigados.

Bajo este escenario, un análisis erróneo del mercado relevante puede llevar a consecuencias perjudiciales no solamente para los consumidores sino también para los agentes administrados si ello deriva, por ejemplo, en un incremento de las sanciones aplicadas o de los daños económicos asociados a la conducta colusoria de lo que realmente hubiesen sido si el mercado relevante se hubiese definido de forma apropiada.

6. BIBLIOGRAFÍA

- BISHOP, S. (2013): «Snake-Oil with mathematics is still snake oil: Why recent trends in the application of so-called “sophisticated” economics is hindering good competition policy enforcement», *European Competition Journal*, abril.
- BISHOP, S., y WALKER, M. (2010): *The Economics of Competition Law: Concepts, Application and Measurement*.
- COLOMA, G. (2002): *Apuntes de organización industrial*, Universidad del CEMA.
- COMISIÓN EUROPEA (1997): *Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia*, DO C 372/03, de 9 de diciembre de 1997.
- (2004): *Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado*, DO C 101/07, de 27 de abril de 2004.

- (2006): *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a) del Reglamento (CE) núm. 1/2003, DO C 210*, de 1 de septiembre de 2006.
- (2008): Asunto COMP/ 39181, *Ceras para velas*, Decisión de la Comisión de 1 de octubre [asunto COMP/ 39181, *Ceras para velas* (2008)].
- (2011): *Directrices sobre la aplicabilidad del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, DOUE C 11/01*, de 14 de enero de 2011.
- (2014a): *Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del art. 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación de minimis), DOUE C 291/01*, de 30 de agosto de 2014.
- (2014b): *Guidance on restrictions of competition «by object» for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice. Staff Working Document accompanying the «Notice on agreements of minor importance which do not appreciably restrict competition under Article 101(1) of the Treaty on the Functioning of the European Union (De Minimis Notice)», C (2014) 4136 final*, 25 de junio.
- CNC (2009): Resolución CNC de 3 de diciembre de 2009, S/0105/08, *El Corral de las Flamencas* [Resolución CNC *El Corral de las Flamencas* (2009)].
- (2010): Resolución CNC de 7 de diciembre de 2010, S/0257/10, *Natura Bisse Internacional* [Resolución CNC *Natura Bisse* (2010)].
- (2013): Resolución CNC de 17 de julio de 2013, S/0417/12, *Mantra* [Resolución CNC *Mantra* (2013)].
- CNMC (2015a): Resolución del Consejo de la CNMC de 8 de enero de 2015, Expediente S/0429/12 *Residuos* [Resolución CNMC *Residuos* (2015)].
- (2015b): Resolución del Consejo de la CNMC de 15 de enero de 2015, Expediente S/0473/13 *Postes de Hormigón* [Resolución CNMC *Postes de Hormigón* (2015)].
- (2015c): Resolución del Consejo de la CNMC de 28 de mayo de 2015, Expediente S/0471/13 *Concesionarios Audi/Seat/VW* [Resolución CNMC *Concesionarios Audi/Seat/VW* (2015)].
- (2015d): Resolución del Consejo de la CNMC de 23 de julio de 2015, Expediente S/0482/13 *Fabricantes de Automóviles* [Resolución CNMC *Fabricantes de Automóviles* (2015)].
- Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, *DO UE L 349*, de 5 de diciembre [Directiva de daños (2014)].
- DAVIS, P., y GARCÉS, E. (2010): *Quantitative Techniques for Competition and Antitrust Analysis*, Princeton University Press.
- EVANS, D. (2009): *Two-Sided Market Definition*, ABA Section of Antitrust Law, Market Definition in Antitrust: Theory and Case Studies, November.
- IVALDI, M.; JULLIEN, B.; REY, P.; SEABRIGHT, P., y TIROLE, J. (2003): *The economics of tacit collusion*, Toulouse, Institut d'Économie Industrielle (IDEI). Final report prepared for DG Competition European Commission, March.
- Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.
- MARCOS, F. (2014): «Compensación de daños provocados por el cártel del azúcar», en *Anuario de la Competencia 2014*, Fundación ICO, Marcial Pons.
- MOTTA, M. (2004): *Competition Policy. Theory and Practice*, Cambridge University Press.

- NAVAJAS, F., *et al.* (2006): *Progresos en organización industrial*. Compilado por Germán Coloma, Buenos Aires, Temas Grupo Editorial.
- OCDE (2012): *Market Definition*, Directorate for Financial and Enterprise Affairs Competition Committee, Policy Roundtables, 11 de octubre.
- OFT (1999): *Quantitative techniques in competition analysis*, Research paper 17. Prepared by LECG Ltd, October.
- OINONEN, M. (2010): *Does EU Merger Control discriminate against Small Market Companies*, Kluwer Law International BV.
- OXERA (2009): *Quantifying antitrust damages: Towards non-binding guidance for courts*, Study prepared for the European Commission for Oxera and a multi-jurisdictional team of lawyers led by Dr Assimakis Komninos, December.
- PETITBÒ, A. (2014): «Cárteles: Obsesión sin análisis», en *Anuario de la Competencia 2014*, Fundación ICO, Marcial Pons.
- Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.
- Sentencia del Tribunal General UE (Sala 8.^a) de 16 de junio de 2011, asunto T-199/08 *Ziegler SA/Comisión* rec. p. II-3507 [Sentencia TG *Ziegler S. A.* (2011)].
- Sentencia del Tribunal General UE de 29 de noviembre de 2012, asunto T-491/07 *Cartes Bancaires/Comisión* [Sentencia TG *Cartes Bancaires* (2012)].
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 1995, asunto C-360/92 P, *Publishers Association*, rec. 1995, p. I-23 [Sentencia del TJ *Publishers Association* (1995)].
- Sentencia del Tribunal de Justicia de 1999, *Bagnasco y otros*, asuntos acumulados C-215/96 y C-216/96, rec. p. I-135 [Sentencia TJ *Bagnasco y otros* (1999)].
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 2.^a) de 13 de diciembre de 2012, asunto C-226/11 *Expedia Inc./Autorité de la concurrence y otros* [Sentencia TJ *Expedia* (2012)].
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 3.^a) de 11 de julio de 2013, asunto C-349/11P *Ziegler S. A./Comisión*, 5 CMLR 36 [Sentencia TJ *Ziegler S. A.* (2013)].
- Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala 3.^a) de 11 de septiembre de 2014, asunto C-67/13 P *Groupement des cartes bancaires/Comisión* [Sentencia TJ *Cartes Bancaires* (2014)].
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, *SIV y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89, rec. p. II-1403 [Sentencia TPI *SIV y otros* (1992)].
- Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 21 de febrero de 1995, *SPO y otros/Comisión*, T-29/92, rec. p. II-289 [Sentencia TPI *SPO* (1995)].
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998, *European Night Services y otros/Comisión*, asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, rec. p. II-3141 [Sentencia TPI *European Night Services y otros* (1998)].
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2000, *Cimenteries CBR y otros/Comisión*, denominada «Cemento», asuntos acumulados T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, rec. p. II-491 [Sentencia TPI *Cementos* (2000)].
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala 4.^a) de 6 de julio de 2000, asunto T-62/98 *Volkswagen/Comisión*, rec. p. II-2707 [Sentencia TPI *Volkswagen* (2000)].
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2002, asunto T-131/99, *Shaw*, rec. p. II-2023 [Sentencia TPI *Shaw* (2002)].

- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala 5.^a) de 11 de diciembre de 2003, asunto T-61/99, *Adriatica di Navigazione SpA/Comisión* [Sentencia TPI *Adriatica di Navigazione* (2003)].
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de octubre de 2005, asunto T-38/02, *Groupe Danone/Comisión*, rec. p. II-4407 [Sentencia TPI *Groupe Danone* (2005)].
- Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala 5.^a) de 6 de diciembre de 2005, asunto T-48/02, *Brouwerij Haacht NV/Comisión*, rec. 2005 II-5259 [Sentencia TPI *Brouwerij Haacht NV* (2005)].
- Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre, Sala de lo Contencioso-Administrativo, recurso de casación núm. 2736/2010 interpuesto por Kutxa [Sentencia TS *Kutxa* (2013)].
- Sentencia del Tribunal Supremo *Ebro* de 7 de noviembre de 2013, caso *cártel del Azúcar* [Sentencia TS *Azúcar* (2013)].
- WERDEN, G. (2012): *Why (Ever) Define Markets? An Answer to Professor Kaplow*, US Department of Justice - Antitrust Division, February.
- (2014): «The Relevant Market: Possible and Productive», *Antitrust Journal Online*, American Bar Association, April.
- WHISH, R., y BAILEY, D. (2015): *Competition Law*, Oxford University Press, 8.^a ed.

THE OBJECT OF MY EFFECT: THE ROLE OF ECONOMICS IN RESTRICTIONS «BY OBJECT»

Pedro POSADA

António FREITAS

NERA Economic Consulting

1. INTRODUCTION

Economic analysis has played an increasingly important role within the application of competition law, even in relation to investigations traditionally assessed from a legal perspective, such as potential infringements of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU).

Despite the increasing importance of the tools offered by economic theory¹, both the European Commission (EC) and National Competition Authorities (NCA) tend to categorize many conducts as restrictions «by object»². For example, in Spain, nearly all sentences imposed by the Spanish Competition Authority with the highest fines have been categorized as infringements «by object». These are practices that produce «obvious restrictions to competition» so that the use of economic analysis is usually not required to determine if the conducts infringe competition law or not.

Over the years, this has raised many concerns as to whether the level of enforcement has been appropriate in such cases. Recent case law, such as

¹ For instance, to build a solid and robust theory of harm to determine if a certain practice should be considered anti-competitive or not.

² In this regards, CIMENTAROV (2014) points out that:

«There is an ongoing tendency by both the European Commission and the European Courts towards finding object restriction. In the period between 2000 and 2011 the Commission issued, excluding cartels, 18 infringement decisions, 17 out of which involved object restrictions and only one case that was a restriction by effect. At the level of the ECJ, it is barely possible to find an Article 101 judgment which does not conclude that the practice at hand is an object restriction».

Similarly, ZENGER and WALKER (2012) mention that:

«The problem mainly derives from the Commission's proclivity to characterize agreements as restrictions by object that do not "by their very nature" harm competition and for which there is no "presumption" with regards to the "serious nature of the restriction" or "experience showing" that the type of agreement is "likely to produce negative effects". In particular, the Commission has sometimes shown an inclination to interpret certain (open) types of non-cartel restrictions as cartel-like conduct, even if they serve a fundamentally different economic purpose».

the European Court of Justice (ECJ) ruling in the *Cartes Bancaires* case, has reactivated this debate, suggesting that competition authorities should change their standard of proof when categorizing conducts as restrictions «by object».

In this brief article, we review the approaches that competition authorities and courts have taken, and outline the economic principles that we believe should be considered when dealing with such cases.

2. RESTRICTIONS «BY OBJECT»

Article 101 (1) of the TFEU prohibits:

«Agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their *object* or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market».

If a practice is found to be restrictive «by object», competition authorities are not required to demonstrate that the conduct had any anti-competitive effect³, since these practices are considered, «by their very nature», to be harmful to competition:

«Restrictions of competition “by object” are those that by their very nature have the potential to restrict competition. These are restrictions which in the light of the objectives pursued by the Union competition rules have such a high potential for negative effects on competition that it is unnecessary for the purposes of applying Article 101(1) of the Treaty to demonstrate any actual or likely anti-competitive effects on the market»⁴.

Conducts traditionally considered to be restrictive «by object» include agreements to fix prices, to restrict output, and to share (or allocate) markets. Other examples from case law embrace resale price maintenance and exclusive distribution agreements.

The use of restrictions «by object» has been justified by competition authorities for the advantages they offer, particularly:

- *Resource and time savings*. To the extent that resources from competition authorities are limited, a full economic analysis of every single case would be very costly and might turn out to be unnecessary, as it might just confirm what is obvious in the first place: that the practice in question clearly results in harm to competition.

³ *I. e.*, object and effect requirements are distinct, alternative and not cumulative conditions. See, for instance, the European Court of Justice (ECJ) rulings in cases:

1) *Société Technique Minière v Maschinenbau Ulm GmbH*, Case 56/65;

2) *Competition Authority v Beef Industry Development Society («BIDS») and Barry Brothers*, Case C-209/07; and

3) *T-Mobile Netherlands BV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Case C-8/08.

⁴ «Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the “De Minimis” Notice», European Commission, 2014.

— *Legal certainty and deterrence.* Identifying a set of practices that are known to be serious and harmful restrictions to competition—for instance, in the EC guidelines—allow companies to be more cautious when engaging in these practices⁵. Conversely, an effect-based approach, which demands an assessment of the firms' behavior on a case-by-case basis, increases legal uncertainty since firms cannot be sure in the first place if their behaviour may constitute an infringement to competition law or not.

These advantages explain, to a certain extent, why competition authorities prefer the use of restrictions «by object» as they can rely on simple rules of thumb, avoiding the application of economic analysis⁶.

Despite these advantages, however, there are important risks when categorizing conducts as restrictions «by object». While it is true that the investigation requires less time and effort/resources, it carries the risk of unfairly condemning conducts that do not actually restrict competition, or conducts that could also generate economic benefits that outweigh the negative effects. This, in turn, might prevent firms from engaging in practices that could be beneficial to consumers, because of the fear of being accused of anti-competitive conduct⁷.

From a theoretical/qualitative perspective, the trade-off between the costs and benefits of classifying a restriction «by object» is straightforward. In practice, however, it is extremely difficult to know where the line should be drawn when defining restrictions «by object» vs. restrictions «by effect». This is particularly so when considering that the potential benefits and costs could materialize in the long term and/or in other markets and contexts⁸.

It seems clear, however, that a competition authority should have strong arguments, particularly a solid and robust theory of harm⁹, and/or convincing empirical evidence, before the authority can conclude that a certain practice entails a restriction «by object» that is likely to harm competition. This is the only way to reduce the potential risk of unfair sentences that might discourage pro-competitive conducts in the future and/or in other markets. Thus, although the concept of a «by object» re-

⁵ The sanctioning power of competition authorities, the fines in previous cases, as well as the possibility of private damage actions, clearly enhance this effect.

⁶ In this regard, see, for example, «*Green Paper on Vertical Restraints in EC Competition Policy*». COM (96) 721 final, 1997, EU Commission, paragraph 86.

⁷ In this regard, it is also fair to note that an in-depth economic analysis of a potential infringement «by effect» (which may be time and resource consuming) does not necessarily guarantee accurate results, as the lack of appropriate data and the complexity of the analysis can limit its effectiveness and robustness.

⁸ For instance, how could the benefits of deterring potential anti-competitive practice in the future be quantified?; or how could the costs of not investigating a potential anti-competitive practice by a NCA due to insufficient resources be estimated?

⁹ A theory of harm is an hypothesis about how a conduct could produce harmful effects to competition and adversely affect customers. In order to formulate the hypothesis, it should be tested against economic theory and empirical evidence.

striction inherently carries certain risk, the authority should try to minimize it¹⁰.

From an economic perspective, a theory of harm suggesting that a certain practice produces restrictions to competition is solid/robust if:

- a) Economic theory supports it; and
- b) There is empirical/past evidence that shows that the practice in question always, or almost always (under most circumstances) produces harm to competition.

In other words, a restriction «by object» can be justified only when experience based on economic analysis and empirical evidence consistently indicate that the specific conduct in question entails an inherent risk of a serious harmful effect¹¹. Conducts that do not fulfill these criteria should not be classified as an infringement «by object», or at least not before some economic considerations have been made.

A. APPROACHES TO RESTRICTIONS «BY OBJECT»

Neither competition law nor the guidelines from competition authorities provide a conclusive definition or standard to be applied when identifying practices that should be classified as restrictions «by object». This concept has been subject to different interpretations, although three main approaches from case law stand out:

— «*Object box*»¹² is based on the (rather ambiguous) claim that a practice is a restriction «by object» when the characteristics of the practice, specifically its content or aim, implies «obvious or explicit restrictions to competition». *I. e.*, the mere fact that the intent of the parties involved in the practice was to restrict competition (for example, setting anticompetitive prices) may be enough to sanction them.

Under this approach, it would be sufficient to analyze the broad terms of the practice (for instance, an agreement) and no further details, in order to determine if that practice should be categorized as a restriction «by object». This has led some authorities to define a list of practices falling under this category¹³, such as:

¹⁰ *I. e.*, although certain percentage of «false positives» (condemning pro-competitive conducts) may be acceptable (to the extent that other benefits are achieved, such as time and resource savings and legal certainty), this percentage should be very small.

¹¹ As stated in the Guidelines of Article 101(3) (*supra* note 25, paragraph 21), the presumption of harm for object restrictions in the EU is justified by their «serious nature» and by past «experience showing that restrictions of competition by object are likely to produce negative effects on the market and jeopardize the objectives pursued by the Community competition rules».

¹² See, for instance, WHISH and BAILEY (2012), paragraph 124; and the ruling of the ECJ on *European Night Services v Commission*, Case T-374, 1998, paragraph 136.

¹³ See, for instance, the European Commission notices:

— «Guidelines on the application of Article 101(3) TFEU (formerly Article 81(3) TEC)», 2004;
 — «Guidelines on Vertical Restraints», 2010; and

- Price fixing.
- Output restrictions.
- Market sharing (either geographical or product segment) agreements.
- Resale price maintenance.

The defined list of restrictions is based on the presumption that such practices produce harm to competition most of the times, regardless of the context, the details behind the agreement, and the characteristics of the market or any indirect or secondary effects they might produce. In other words, the presumption of harm accompanying object restrictions is irrefutable in most cases¹⁴.

This approach presents clear advantages such as high legal certainty, since firms know exactly what not to do so that engaging in a practice outside the list guarantees, at least, a full-fledged economic assessment before firms can be accused of infringing competition law.

— *Legal and economic context*¹⁵. Under this approach, a restriction «by object» is not exclusively driven by the aim or content of the agreement, but the legal and economic context in which the conduct takes place also plays an important role. For example, the potential harm might depend on the specific market circumstances (possibly with few exceptions) so that specific conditions could prevent certain practices from restricting competition.

To the extent that, for the same type of conduct, competition authorities may find a restriction «by object» in one case (in one particular market or at one particular period of time) but not in another, a case-by-case assessment is required. Taking the legal and economic context into account may help to absolve practices that would have been unfairly placed inside the «object box», but this comes at a cost: it undermines the justifications for the existence of restrictions «by object» (saving time and resources, providing legal certainty, and deterring potential anti-competitive practices).

— *Extended approach*¹⁶. This is a modified version of the «legal and economic» context approach, where a broader interpretation with some market analysis is needed in order to establish a restriction «by object».

— «Guidelines on the applicability of Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union to horizontal co-operation agreements», 2011.

¹⁴ In this regards, see, for instance:

— *T-Mobile Netherlands BV v Raad van bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit*, Case C-8/08, paragraph 31;

— KING (2011), page 294;

— WHISH and BAILEY (2012), pp. 117-118; and

— NAGY (2013), p. 554.

¹⁵ See, for instance, KOLSTAD (2009). This view was also taken by the General Court when it rejected the EC decision in the GSK case (*Glaxo Smith Kline Services Unlimited v Commission*, Case T-168/01, 2006) which concerned the setting of higher wholesale prices for pharmaceutical products intended for export in order to avoid parallel trade.

¹⁶ This view is exemplified, for instance, in the ECJ's decision in the Allianz Hungária case (*Allianz Hungária Biztosító and Others*, Case C-32/11, 2013).

This might involve an extensive analysis of the competitive structure of the market and an assessment of market power.

As this is a broader concept, it is more difficult to distinguish between the analysis required to establish a restriction «by effect» and the one needed to establish a restriction «by object». Indeed, this may lead to identifying restrictions «by object» that are, in practice, «reduced» versions of restrictions «by effect».

a) *Groupement des Cartes Bancaires*

The ECJ ruling of the appeal of the *Groupement des Cartes Bancaires* (GCB) case involving network bank fees in a two-sided market further refined the notion of «by object» restrictions of competition¹⁷.

The ECJ sentence criticized the simplistic approach followed by the EC in a case where it was not obvious that the conduct was harmful to competition.

The EC had accused the GCB of setting higher network fees to issuer banks that were inactive or not very active in its network, compared to other members with an extensive network of acquiring merchants and ATMs. The EC found that the practice's purpose was to keep the price of payment cards artificially high. GCB claimed, however, that these measures were aimed at preventing a «free-riding» effect, since some issuer banks «sat» on the investments made by other members that had extensive networks. This, in turn, reduced the incentives to invest and was, ultimately, detrimental to consumers.

The ECJ rejected the ruling of the European General Court (EGC), which had previously upheld the EC's decision that the price measures adopted by the GCB were restrictive «by object». It pointed out that the EGC had not conducted a thorough analysis of the arguments of the undertakings and of the economic evidence, and that it had failed to apply the core criterion for assessing the object of the GCB price measures: that it in itself «revealed a sufficient degree of harm to competition».

The ECJ ruling was clearly more inclined to the «extended approach», suggesting more specific standards of proof, and sending the signal that competition authorities should be more careful when categorizing practices as restrictions «by object». In particular, the ECJ held that in order to determine if an agreement had an anti-competitive object or not, the «content of its provisions, its objectives and the economic and legal context of which it forms part», and the «nature of the goods or services», should be carefully considered.

¹⁷ *Groupement des Cartes Bancaires v European Commission*, Case C67/13 P, 2014.

Groupement des Cartes Bancaires is a network of the main French banks that was established to manage a system of debit and credit cards, enabling consumers to make payments to all affiliated merchants to the network.

The ECJ judgment in the GCB case has had some important consequences, which are relevant when assessing potential restrictions «by object»:

- First, the EC should show likely effects on competition, unless it is obvious that the restriction at issue, «by its very nature», is harmful to competition.
- Second, demonstrating that a certain measure is merely «capable» of restricting competition is insufficient, except in the case of clear-cut restrictions.
- Finally, and most importantly, agreements involving complex measures or with indirect/secondary aims or effects, such as those at issue in the GCB system, should not be subject to the «by object» simple/direct standard of proof.

3. RESTRICTIONS «BY OBJECT»: THE ECONOMIC PERSPECTIVE

The tendency of the EC and NCAs to overly rely on the notion of a restriction «by object» to condemn practices that might not always produce obvious harm to competition under most circumstances is, somewhat, understandable. Scarce resources and time constraints often hinder the application of a proper economic analysis.

These benefits, however, could have been obtained at a very high cost: sanctioning numerous pro-competitive practices and deterring conducts that might benefit consumers in the long run.

In this sense, categorizing certain practices as restrictions «by object», without assessing the economic context in which they are conducted, could bring more costs than benefits in the long run. Thus, for these cases, counting on a solid/robust theory of harm that establishes that the practice in question is very likely to restrict competition under most circumstances (or under the specific market circumstances of the case at hand) is crucial in order to define if that practice should indeed be considered as a restriction «by object».

Besides, if such a theory of harm shows that it is indeed evident that the conduct restricts competition, then it should not consume much time and resources to develop and test it empirically so that the existence of limited resources should not be an excuse not to do so¹⁸.

In addition, any practice that could also generate pro-competitive effects (that compensate or reduce its negative impact) probably will not con-

¹⁸ As a matter of pure logic, if it is difficult/time consuming to demonstrate that a conduct is indeed harmful, then one cannot be certain that it is very likely that this would produce an obvious restriction to competition. Although the analysis had been done properly many times in the past, not all circumstances are the same and new cases may deserve at least some economic considerations before they are categorized as a restriction «by object», especially when other plausible explanations for the conduct in question may exist.

stitute an obvious harm to competition so that this should be ruled out as a candidate for a restriction «by object», or at least not without any economic consideration.

Even extreme cases such as some types hard-core cartels could, under certain circumstances, benefit consumers. For instance, if in the absence of a price fixing agreement only one firm could remain in the market, to the extent that collusion is not perfect¹⁹, then the agreement could be preferable. This is not to say that hard-core cartels should not be categorized as restrictions «by object», indeed most cases should be, but to stress the fact that competition authorities should, in some cases, also assess the economic context and other potential effects before reaching the conclusion that the intent of the practice was to restrict competition and that there is no other plausible explanation nor countervailing effects²⁰.

This view is in line with the «*rule of reason*» standard required by the US antitrust law where, in theory, an assessment of the legal and economic context and a balance between pro and anti-competitive effects —as predicted by economic analysis— are necessary. This is also in line with the recent ruling of the ECJ in the GCB case.

The economic literature, however, does not currently offer a general analytical framework that could be applied to any case in order to determine if a conduct should be categorized as restrictive «by object». Economic theory and experience shows, however, that some market circumstances deserve careful consideration, especially when the market is complex and there are additional elements or indirect effects.

Below, we outline a series of practices or situations where either economic theory or empirical evidence has shown that the defined list of restrictions or arguments that under normal circumstances would cause «obvious harm to competition», often do not.

A. EXCHANGE OF SENSITIVE INFORMATION AND OTHER PRACTICES FACILITATING COLLUSION

Although collusive agreements are usually harmful to competition, there are some market characteristics and circumstances that might not allow or limit their effectiveness and sustainability, particularly when collusion is tacit/implicit or facilitated by certain practices, such as information exchanges among competitors. In these cases, the analysis of the market characteristics, the economic context, and other elements are relevant to build a sound and robust theory of harm²¹.

¹⁹ In the sense that firms set high prices compared to a situation of effective competition, albeit below monopoly levels.

²⁰ In particular, the alleged (usually pro-competitive) objective or intent of the conduct claimed by the parties, as well as any additional element or market circumstance.

²¹ For more information see, for instance, IVALDI *et al.* (2003).

Thus, for instance, the economic literature and the EC guidelines have established that stable and transparent markets (*e. g.*, comprising high entry barriers, no major innovations, and a relatively constant demand) are prone to collusion. In a market where simple, homogeneous products are commercialized and where there are few competitors, with symmetric structures and structural links (such as cross-ownership relationships), collusion is also easier to reach. Other elements, such as the lack of countervailing buyer power and frequent interaction of firms in the market (or in others), might also facilitate collusion.

To the extent that information exchange and other practices facilitate the creation of these elements, or strengthen them, it is more likely to reach a collusive agreement. This, in turn, depends on how the exchange or practice is conducted, and on the nature of the information exchanged, in particular:

- *The type of information.* If information is aggregated and does not relate to future intentions on «strategic variables» of competition, such as prices or production capacity, it is unlikely to facilitate collusion.
- *Market coverage.* If firms do not cover a sufficiently large share of the reference market, it is very unlikely that information exchanges will have restrictive effects on competition.
- *The level of information detail.* It is harder for firms to predict the future conduct of competitors and adjust their strategies accordingly when the information exchanged is not comprehensive.
- *The age and reference period of the exchanged information.* Generally, the exchange of historical data does not facilitate collusion as it does not contribute to the timely detection of firms that deviate from an agreement.
- *The frequency of the exchange.* If information exchange is relatively infrequent in relation to price setting in the industry, firms are not able to adapt their commercial policies promptly in response to their competitors' strategies. Moreover, the timely detection of deviations is crucial to sustain collusion, since punishments have to be credible and effective.

There are no specific thresholds to determine when a variable is strategic, or what the relevant market coverage, the level of detail of the information and the age and the frequency of the exchange should be in order to facilitate collusion. This depends on the specific economic context as defined by the market characteristics.

Thus, whether a given information exchange between competitors is anti-competitive and should be categorized as a restriction «by object», will depend both on the pre-existing market situation as well as on the manner in which the exchange alters this situation. This, in turn, depends on the type of the information and on how it is specifically exchanged.

One recent Spanish case in this respect is Case S/0404/12 (*AENA Commercial Services*), where the Spanish Authority's investigation focused on

the exchange of commercially sensitive information between car rental companies in several Spanish airports, and categorized this conduct as a restriction «by object». However, there was no consideration of the economic context, how the information was exchanged, or the manner in which the exchange took place, which was crucial in order to determine if the conduct was anti-competitive or not.

a) *Markets with Asymmetric Information*

Asymmetric information concerning consumers may justify practices that, without a careful assessment, might look like a restriction «by object» has occurred.

For instance, in markets where firms do not hold information regarding their customers, information exchanges about client profiles may help firms eliminate the inefficiencies associated with such asymmetry, particularly by allowing them to have a better understanding of the market conditions (such as the demand structure). This allows the firms to implement effective marketing strategies and efficient distribution systems, which benefit consumers. Moreover, in markets with high demand fluctuations where suppliers are compelled to maintain high stocks to satisfy demand peaks, information exchange can lead to better demand forecasts and stock optimization.

Information sharing also enables certain sectors to operate effectively, such as the financial and insurance markets where an in-depth knowledge about the risk profile of clients is crucial. Regular sharing of information among credit institutions or insurance companies about the risk that a borrower cannot pay a loan, or the probability that the event triggering the insurance occurs, allows companies to reduce the risk and charge lower prices for their products and services which, in turn, benefit consumers²². The former UK Competition Commission has stated that in the case of financial/credit markets, data sharing regarding clients' claim history facilitates firms' operation in those markets, and that the absence of such data sharing will eventually harm competition²³.

One very well-known Spanish case where these issues were relevant is «*Cártel del Seguro Decenal*» (Inherent Defect Insurance Cartel)^{24,25} categorized by the Spanish Authority as a restriction «by object». This sentence was subsequently annulled by the Spanish High Court. Among others arguments, the Court considered that the insurance companies had not engaged in collusive behavior but rather in cooperation agreements in order to conduct joint actuarial analysis and exchange historical data on the frequency

²² For more information see OECD (2010).

²³ «*Guidelines for market investigations: Their role, procedures, assessment and remedies*», UK Competition Commission, 2013 (Available at: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/284390/cc3_revised.pdf).

²⁴ Defects that new buildings/constructions might have and that only become apparent once in use.

²⁵ Case S/0037/08.

of incidents and the amount of damages in order to set prices that properly reflected the risks assumed.

B. TWO-SIDED MARKETS

Two-sided markets are markets that contain platforms that allow the interaction between two end-user groups. These types of markets can be found in many sectors, such as search engines (users and advertisers), payment card systems (cardholders and merchants), and newspapers (readers and advertisers).

One crucial characteristic of these markets is that the platform and the benefits of each consumer group are affected by how each side of the market is used. However, how much each side decides to use the platform does not always take into account the effects that such usage might have on the other side. This might lead the platform to underperform, which would be harmful for consumers. For instance, in order for a payment card system to be effective, merchants require that many of their customers pay with cards, while consumers require that many merchants accept their credits cards as a mean of payment. However, cardholders' decisions to purchase do not take into account the costs of developing the network.

In those cases, firms often engage in practices aimed at achieving the correct balance between the different uses and the availability of agents on both sides of the market so that the platform functioning is optimized. These practices have often been categorized as anti-competitive restrictions «by object». For instance, the payment card system sector has been accused of setting excessive interchange fees.

Interchange fees are payments made by the merchant banks («acquirers») to the cardholder banks («issuers») for each payment/card transaction. Acquires, in turn, pass this cost onto their merchant customers. Since interchange fees have traditionally been set collectively by issuing and acquiring banks in open payment networks such as Visa and Master Card, they have often come under antitrust scrutiny under Article 101 by the EC and by NCA in a number of Member States.

In some instances, jointly setting interchange fees has been considered a restriction «by object». The underlying argument is that these practices distort competition in acquiring markets by increasing acquiring costs and hence merchant fees. However, in the same way that interchange fees increase acquiring costs, these also lower issuing costs (in theory, by exactly the same amount)²⁶.

From an economic perspective, interchange fees might fulfill the role of achieving a profit-maximising price structure across issuing and acquiring markets.

²⁶ This is why cardholder fees are usually so low.

Thus, in order to conduct a proper assessment, one must consider the interactions between the issuing and acquisition activities of a payment system, and the fact that those activities produce «indirect network externalities»: the extent of merchants' acceptance of cards and the number of cards in circulation each affects the other.

The GCB payment system of debit/credit cards is another example where apparent restrictive practices (fee-setting agreements) were actually intended to promote the efficient use of the bank network. The ECJ was right when it stated that the agreements were legitimate, since they were intended to mitigate a negative externality (the «free-riding» effect) of one of the parties in this two-sided market. To the extent that many new banks in the network had more incentives to be in the card-issuing business rather than to extend their networks to provide services to merchants, differentiated network fees were needed to provide the right balance between the two sides. This prevented some issuer banks from «free riding» on the investments made by other members that had extensive networks, and provided the right incentives to be active on both sides of the market, which clearly benefited consumers (both, cardholders and merchants).

C. REALE PRICE MAINTENANCE (RPM)

In vertical relations, the incentives of producers/wholesalers and retailers are often not aligned, which creates several inefficiencies that can result in high consumer prices.

For instance, in markets where it is difficult for consumers to observe the characteristics or quality of the products they wish to acquire, there are often incentives for retailers to «free ride» on the sales efforts made by other retailers, which might allow them to offer more attractive prices. In the long run, firms are less eager to invest and devote resources to promoting sales, which is harmful not only for the producers/wholesalers, but also for consumers, as they are less informed to make appropriate purchasing decisions.

Besides, when the incentives between the two parties are not aligned, retailers tend to set higher prices in order to increase their individual margins, leaving consumers worse off. This is a well-known effect identified in the economic literature called «double marginalization».

RPM (an agreement between a producer/wholesaler and a retailer to sell the products at a specified value) solves these problems by preventing retailers from offering lower prices (and therefore being unable to steal consumers from competitors preventing the free riding problem), or by precluding firms from setting higher prices (avoiding double marginalization). Further benefits of RPM identified in the economic literature include, for instance, its role as an entry facilitator, as a signal for quality,

or as a tool helping to align other parties' incentives not directly related to prices²⁷.

However, competition authorities have often regarded RPM as a price-fixing mechanism aimed at facilitating collusion among producers/wholesalers (reducing inter-brand competition) or among retailers (reducing intra-brand competition). While this may be true under certain circumstances, particularly when there is a competitive retail market with stable retail cost conditions so that RPM could enhance cartel stability²⁸, this is not always the case.

Indeed, to the extent that the net impact from pro- and anti-competitive effects of RPM are not straightforward, an analysis of the market characteristics and other economic elements are essential before a practice can be categorized as a restriction of competition «by object».

Following the *Leegin* case in the USA²⁹, the ECJ took a step forward in the *CEPSA* case³⁰ when it stated that RPM was not necessarily a hard-core restriction because it could generate efficiencies that could be passed onto consumers. Moreover, the EC Vertical Block Exemption Guidelines also recognize such advantages on many occasions. Nonetheless, several NCAs in the EU have continued to apply a restrictive approach to RPM, often categorising these practices as hard-core infringements or restrictions by «object»³¹. For instance, in the Spanish case *VS/652/07 (REP-SOL/CEPSA/BP)*, the competition authority condemned a practice of recommended and maximum retail prices in petrol stations. In its decision, however, the authority never mentioned the benefits of this practice, such as avoiding double marginalization or providing retailers with information on optimum prices given the specific competition conditions of their stations.

D. MARKETS WITH NATURAL MONOPOLY CHARACTERISTICS

The conduct of firms operating in markets with characteristics resembling natural monopolies also deserves careful assessment. This is usually the case in markets where firms have large fixed costs and low or decreasing marginal costs so that it would be more efficient for only one (or very few) firms to operate in the market, taking advantages of economies of scale. Otherwise, none of the firms would be profitable, jeopardizing the supply (or the quality) of the products or services, in detriment to consumers.

²⁷ In this regard, see for instance, IDERST and MAIER-RIGAUD (2015) and FONT-GALARZA *et al.* (2013).

²⁸ For more information, see MOTTA (2004), p. 158.

²⁹ *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007).

³⁰ *CEPSA Estaciones de Servicio SA v LV Tobar e Hijos SL*, Case C-279/06.

³¹ See, for instance, AMATO (2013). In this respect, it is also worth noting that the Bundeskartellamt (German Competition Authority) recently fined Recticel Schlafkomfort GmbH (a mattress producer) for €8.2 million for imposing RPM on retailers (http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Meldung/EN/Pressemitteilungen/2014/22_08_2014_Matratzen.html).

Although sectors that resemble natural monopolies are usually regulated, this is not always the case. For instance, in the liner shipping industry firms incur high fixed or investment costs (the ship fleet) but very low marginal costs³². Hence, competition in this sector tends to be fierce and firms often engage in aggressive price wars that jeopardize their financial viability and the quality and security of the service³³.

Indeed, in some occasions, the EC has granted block exemptions for services in the liner shipping industry, exempting firms from prohibiting anti-competitive agreements under Article 101³⁴.

Nonetheless, not all firms in this industry, nor all sectors observing these characteristics, are always subject to such exemptions. In these cases, a careful assessment of the market characteristics and the economic context is necessary in order to establish if a certain agreement represents a restriction «by object».

In Spain, the competition authority has recently issued various sentences relating to the liner shipping industry for alleged anti-competitive price-fixing agreements³⁵. Some allegations raised by the parties that the competition authority did not seem to have considered carefully, were that for certain routes and dates with very high demand, competitors were required to agree on the price of the tickets since they were obliged by law to accept passengers from other suppliers in order to speed up the transport service; and the fact that the firms have been consistently generating losses in certain routes, although in some cases they could not exit the market because of public service obligations.

4. FINAL REMARKS

In this short article, we have outlined relevant case law dealing with the everlasting debate of how the notion of restriction «by object» should be defined and applied by competition authorities.

The EC and NCAs have very often categorized practices as restrictions «by object» and condemned conduct where the harm to competition was not always obvious or when there was plausible explanations for the practice, other than an anticompetitive conduct intended to restrict competition.

This tendency is, to some extent, comprehensive, due to resource and time limitations faced by authorities to develop and test a solid and robust

³² Once a ship is acquired, it is relatively cheap to assign it to a route (basically, only the fuel and the port fees have to be covered). Besides, once a ship has been scheduled to cover a route, the marginal cost of allowing additional passengers is practically zero.

³³ In this regard, see PHANG (2009).

³⁴ For instance, the Maritime Consortia Block Exemption Regulation (extended recently until April 2020) allows shipping lines with combined market shares below certain thresholds to enter into cooperation agreements to provide joint cargo transport services.

³⁵ See, for example, cases S/0080/08 (*Navieras Ceuta*); S/0241/10 (*Navieras Ceuta II*), and S/0244/10 (*Navieras Baleares*).

theory of harm, as well as the need to provide legal certainty and deterrence.

Nonetheless, this should not come at a high cost. Although it is not obvious where one should draw the line when defining a restriction «by object» and a restriction «by effect», it is clear that competition authorities should follow certain basic economic principles in order to minimize the risk of unfair accusations as this may be harmful for consumers in the long run.

The economic perspective supports the view that practices that are not obvious restrictions to competition under most circumstances deserve a careful assessment backed up by a solid and robust theory of harm based on economic theory and empirical evidence. In cases where one can identify potential pro-competitive effects, or where a quick and simple assessment is not enough to demonstrate negative effects, then these should not be categorized as restrictions «by object», or at least not without a careful consideration of the economic context and market characteristics. Indeed, if it is that obvious that the practice restricts competition, it will not be necessary to devote much time and effort to develop a solid and robust theory of harm.

Although economic theory does not offer a consolidated analytical framework applicable to any case, it can play an important role in determining whether a practice should be categorized as a restriction «by object». For instance, as part of the theory of harm, modeling the economic incentives of the parties can help to assess whether the parties' allegations are plausible or whether an alternative explanation is more likely.

Besides, since a practice's restrictive nature depends on the market context and circumstances rather than on its «nature», competition authorities need to carefully address these elements in order to demonstrate the likely harm to competition and consumers. As stated by KING (2011),

«one cannot simply limit object restrictions to a list of practices, but has to perform a case-by-case assessment of each practice in the broader legal and economic context within which it takes place».

In this article, we have also identified four situations that have traditionally been categorized as restrictions «by object», but where such conclusions do not seem straightforward. As a general principle, if markets are not simple (in the sense that there have secondary or indirect effects, particularly externalities), then practices that are usually considered as obvious restrictions might not be so.

Economists usually identify these situations where «market failures» (particularly externalities, asymmetric information, and natural monopolies) exist. A market failure is a term used to describe a situation that occurs when the supply of a product or service is not efficient so that effective competition is not reached and, therefore, social welfare is not maximized.

Many of the firms' practices observed in these markets are designed to correct these failures rather than pursuing an anti-competitive purpose. *I. e.*, even though these practices might seem intended to be anti-competitive,

they very often do not restrict competition but are aimed at overcoming problems in the interest of consumers.

To sum up, the «by object» restrictions' box is a set for which, with very few exceptions (perhaps only explicit agreements with the intent to set anticompetitive prices/outputs in sectors with no market failures and other indirect/secondary effects), it is difficult to define explicitly what it should contain. Although the risk of condemning pro-competitive practices cannot be reduced to zero as this is inherent to the concept of a «by object» restriction, before categorizing a conduct as such the authorities should at least make some economic considerations in order to minimize this risk.

5. BIBLIOGRAPHY

- AMATO, F. (2013): «RPM in the European Union: Any Developments Since Leegin?», *Competition Policy International Antitrust Chronicle*.
- CIMENTAROV, P. (2014): «Expanding the “Object Box” and its Perverse Effects: Does EU Competition Law Condemn Innocent Behavior?», Thesis presented for the Degree of Master of European Studies Option: European Law and Economic Analysis.
- FONT-GALARZA, A.; MAIER-RIGAUD, F., and FIGUEROA, P. (2013): «RPM Under EU Competition Law: Some Considerations From a Business and Economic Perspective?», *Competition Policy International Antitrust Chronicle*.
- INDERST, R., and MAIER-RIGAUD, F. (2015): «Vertical Restraints and the Forgotten Function of Prices in Brand Management?», *Competition Policy International Antitrust Chronicle*.
- IVALDI, M.; JULLIEN, B.; REY, P.; SEABRIGHT, P., and TIROLE, J. (2003): *The Economics of Tacit Collusion*, Final Report for DG Competition, European Commission.
- KING, S. (2011): «The Object Box: Law, Policy or Myth?», *European Competition Journal*, 7(2), p. 270.
- KOLSTAD, O. (2009): *Object contra effect in Swedish and European competition law*, Swedish Competition Authority.
- MOTTA, M. (2004): *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press.
- NAGY, C. (2013): *The Distinction between Anti-competitive Object and Effect in Allianz: The End of Coherence in Competition Analysis?*, *World Competition*, 36(4), pp. 541-564.
- OECD (2010): *Information Exchanges between Competitors under Competition Law*, Policy Roundtables.
- PHANG, S.-Y. (2009): «Competition Law and the International Transport Sectors», *The Competition Law Review*, vol. 5, Issue 2, pp. 193-213.
- WHISH, R., and BAILEY, D. (2012): *Competition Law*, Oxford University Press, 7th edition.
- ZENGER, H., and WALKER, M. (2012): «Theories of Harm in European Competition Law: A Progress Report», BOURGEOIS, J., and WAELBROECK, D. (eds.), *Ten Years of Effects-Based Approach in EU Competition Law*, pp. 185-209, Bruylant.

DIEZ AÑOS DEL REGLAMENTO 1/2003

Isabel LÓPEZ SANZ

Inspector de competencia

Coordinador de la ECN en la Dirección de Competencia de la CNMC

El 1 de mayo de 2014, el Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE¹, y con él la llamada modernización de la aplicación de las normas de competencia de la Unión Europea (UE), cumplió diez años de su entrada en vigor.

Con tal motivo la Comisión Europea elaboró un informe al Parlamento y al Consejo de la UE sobre esos diez años en la aplicación de las normas de competencia de la UE, bajo dicho marco, que publicó en julio de 2014.

El informe realmente lo componen la Comunicación, *Ten years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003: Achievements and Future Perspectives*² dirigida al Parlamento y al Consejo, acompañada de dos documentos de trabajo (*Commission staff working documents*), que abundan y aportan datos sobre las afirmaciones realizadas en la Comunicación, *Ten years of Antitrust Enforcement under Regulation 1/2003*³ y *Enhancing competition enforcement by the Members States' competition authorities: institutional and procedural issues*⁴.

En la introducción de la Comunicación, la Comisión establece dos puntos básicos de su informe, para que sean contemplados conjuntamente. Estos son: Los hechos que constatan la realidad de la aplicación pública de las normas de competencia de la UE, y determinados aspectos clave —aspectos institucionales y procedimentales— de las Autoridades de Competencia de los EEMM (ANCs) que, para la aplicación de dichas normas, deberían reforzarse.

No es el primer informe que la Comisión elabora sobre el Reglamento 1/2003. En 2009, según lo establecido en el art. 44 de dicho Reglamento,

¹ Actualmente arts. 101 y 102 del Tratado Fundacional de la Unión Europea (TFUE).

² http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/antitrust_enforcement_10_years_en.pdf.

³ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/swd_2014_230_en.pdf.

⁴ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/swd_2014_231_en.pdf.

la Comisión publicó en abril su primer informe, como una Comunicación al Parlamento y al Consejo de la UE⁵, junto con un documento de trabajo⁶. En las conclusiones, la Comisión se felicitaba, por el cambio significativo en la aplicación de las normas de competencia, que había permitido reforzar la competitividad en sectores claves de la economía, y por el éxito de la Red de Autoridades de Competencia (ECN), tanto en la cooperación, como en la coherencia de las decisiones en aplicación de las normas de competencia en dicho marco, a las que llama «*law of the land*» en la UE.

No obstante, en la última conclusión del informe, hace brevemente referencia, a determinados temas destacados en el informe como deficiencias, o al menos temas a mejorar, como base para evaluar una posible reforma del Reglamento o del sistema implementado.

Entre dichos temas, algunos se centran en reforzar o mejorar determinados poderes de la Comisión, como por ejemplo el de contemplar la imposición de sanciones en caso de falsedad en declaraciones art. 19, la desestimación de denuncias —en casos que no forman parte de prioridades de la Comisión—, y el procedimiento en la aplicación de multas coercitivas —según art. 24—.

Otros temas hacen referencia también al resto de Autoridades de Competencia (ANCs) de la ECN, como la posible mejora del Programa Modelo de Clemencia, y una posible revisión de los límites al intercambio de información que pueda dar lugar a procesos penales, tanto en la ECN como en procesos de cooperación internacional y de aplicación privada.

Y finalmente otros, que solo hacen referencia a las ANCs, como, divergencias entre los sistemas de las ANCs —para la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE— tales como las multas, las sanciones penales, la responsabilidad de los grupos de empresas y de las asociaciones de empresas, la sucesión de empresas, los plazos de prescripción, el grado de prueba, la facultad de imponer remedios estructurales y la capacidad de las Autoridades de Competencia de los EEMM para establecer formalmente prioridades de aplicación.

En contraste con lo destacado, como temas para mayor estudio y mejora en el informe de 2009, la Comisión, en su reciente informe sobre los diez años del Reglamento 1/2003, dedica uno de los dos documentos de acompañamiento exclusivamente a destacar las posibles mejoras necesarias para seguir adelante, pero todas ellas centradas en elementos procedimentales y de diseño institucional de las ANCs.

Este artículo pretende dar una visión general del citado informe, que resume la aplicación del Reglamento 1/2003 —por tanto de los arts. 101 y 102 TFUE— durante diez años desde su entrada en vigor, por parte, tanto de la Comisión, como de las ANCs, de sus logros y de sus aspectos a me-

⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52009DC0206&from=EN>.

⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52009SC0574&from=EN>.

jorar. Será en esa parte del informe, relativa a las propuestas para seguir adelante, en la que este artículo centre su atención, pasando antes por una descripción del ámbito donde se detectan dichas posibles mejoras, que nos permita valorarlas mejor.

No se tratará en este artículo el tema de la aplicación privada que, no obstante, el informe sí trata aunque no con mucho detalle.

1. EVOLUCIÓN NORMATIVA EN ESTOS DIEZ AÑOS: PREDICTIBILIDAD DEL SISTEMA

El Reglamento 1/2003 introduce un sistema⁷ de aplicación completa y concurrente de las normas de competencia de la UE, arts. 101 y 102 del Tratado Fundacional de la Unión Europea —TFUE— (antiguos arts. 81 y 82 de Tratado Comunidad Europea), por parte de la Comisión Europea y de las ANC's de los EEMM de la UE.

Conviene recordar que dicho sistema se apoya en el papel de los operadores en el mercado, en cuanto a la autoevaluación de sus acuerdos y conductas, dejando a las Autoridades de Competencia la evaluación *ex post*.

Para facilitar dicha autoevaluación, así como el trabajo de las ANC's, la Comisión ya adoptó, a la vez que promulgó el Reglamento 1/2003, una serie de normas tanto procedimentales como sustantivas, que formaron, junto con el Reglamento 1/2003, el llamado Paquete de Modernización⁸.

Aunque el tema de la evolución de la normativa en materia *antitrust* de la Comisión a lo largo de estos diez años no se trata en un apartado especial en el informe, una mención breve de la misma puede completar la situación que muestra el informe.

⁷ Existen otros artículos que describen en detalle dicho sistema en los *Anuarios ICO de la Competencia* de 2006 y de 2010.

⁸ — Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

— Reglamento (CE) 411/2004, del Consejo, por el que se modifica el Reglamento (CE) 1/2003 (DO L 68, de 6 de marzo de 2004).

— Reglamento (CE) 773/2004, de la Comisión, de 7 de abril, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82 de Tratado CE (DO L 123, de 27 de abril de 2004).

— Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (DO C 101, de 27 de abril de 2004).

— Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación de las Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales de los EEMM de la UE, para la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE (DO C 101, de 27 de abril de 2004).

— Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los arts. 81 y 82 del tratado CE (DO C 101, de 27 de abril de 2004).

— Comunicación de la Comisión relativa a orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los arts. 81 y 82 del Tratado CE que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación) (DO C 101, de 27 de abril de 2004).

— Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los arts. 81 y 82 del Tratado (DO C 101, de 27 de abril de 2004).

— Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado (DO C 101, de 27 de abril de 2004).

Ya han pasado más de diez años de la entrada en vigor del Paquete de Modernización. Durante este tiempo, la Comisión ha continuado su revisión de los reglamentos de exención por categorías de acuerdos, así como la elaboración y revisión de otras normas que facilitan la autoevaluación por parte de los operadores económicos de sus acuerdos y conductas, dándoles mayor seguridad jurídica, y orientan también a las ANCs para una aplicación coherente de los arts. 101 y 102 del TFUE.

Sobre acuerdos horizontales, en 2010, la Comisión adoptó nuevos Reglamentos de exención por categorías, o relativos a la aplicación del art. 101, apartado 3, del TFUE, para acuerdos horizontales de Investigación y Desarrollo⁹ y de Especialización¹⁰. De manera conjunta la Comisión revisó sus Directrices de aplicación del art. 101 TFUE en acuerdos de cooperación horizontal, publicando el documento¹¹ en enero de 2011.

En 2014, tras un proceso de consulta pública, adoptó el texto revisado del Reglamento de exención para acuerdos de Transferencia de Tecnología¹², con la correspondiente revisión de las Directrices¹³ de aplicación.

Por sectores, habría que mencionar el Reglamento de exención por categoría de acuerdos en el sector de Seguros¹⁴, con su Comunicación¹⁵ aclaratoria, cuya revisión está en marcha y debe finalizar en 2017, y el de Consorcios Marítimos¹⁶ prorrogado hasta 2020¹⁷.

En acuerdos verticales la Comisión publicó en 2010 la revisión del Reglamento de exención por categorías de acuerdos Verticales, el Reglamento 330/2010, de la Comisión¹⁸, y sus Directrices¹⁹ de aplicación.

Dentro de los acuerdos verticales, el único sector que aún cuenta con un reglamento de exención por categoría de acuerdos específico es el de

⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32010R1217:EN:NOT>.

¹⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX%3A32010R1218%3AEN%3ANOT>.

¹¹ [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011XC0114\(04\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52011XC0114(04)&from=EN).

¹² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32014R0316&from=EN>.

¹³ [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0328\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52014XC0328(01)&from=EN).

¹⁴ Reglamento (UE) núm. 267/2010, de la Comisión, de 24 de marzo, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros (*DOUE* L 83, de 30 de marzo de 2010).

¹⁵ Comunicación de la Comisión relativa a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas en el sector de los seguros (*DOUE* C 82, de 30 de marzo de 2010).

¹⁶ Reglamento (CE) núm. 906/2009, de la Comisión, de 28 de septiembre, sobre la aplicación del art. 81, apartado 3, del Tratado a determinadas categorías de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre compañías de transporte marítimo de línea regular (consorcios) (*DOUE* L 256, de 29 de septiembre de 2009).

¹⁷ Reglamento (UE) núm. 697/2014, de la Comisión, de 24 de junio, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 906/2009 en lo relativo a su periodo de aplicación (*DOUE* L 184, de 25 de junio de 2014).

¹⁸ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010R0330&from=EN>.

¹⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:130:0001:0046:ES:PDF>.

Reparación y Mantenimiento de Vehículos de Motor²⁰. Desde el 1 de junio de 2013, el Reglamento (UE) 330/2010 se aplica también a los acuerdos verticales relativos a la compra, venta o reventa de vehículos de motor nuevos, al dejar de estar en vigor el antiguo Reglamento (CE) 1400/2002 de exención por categoría de los acuerdos verticales relativos a la Compra, Venta o Reventa de Vehículos de Motor Nuevos.

Cabe destacar otras reformas en la normativa de competencia de la UE, que han tenido lugar en este periodo, orientadas a dar una mayor predictibilidad y transparencia de los procedimientos. Son las Directrices sobre multas²¹ publicadas en 2006, el Programa de Clemencia, también de ese mismo año, y la Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia (*de minimis*)²², publicada en 2014 en la página *web* de la DGCOMP, junto con una Guía²³, sobre el concepto «restricciones por objeto», para aclarar la mención a las mismas en el texto de la Comunicación *de minimis*.

Una gran novedad en este periodo, en concreto en el año 2008, fue la regulación de las decisiones de *settlements* o de transacción, que han dotado a la Comisión de procedimientos más breves, y a las empresas de la posibilidad de recibir una reducción en las multas, que le serían impuestas, si admiten los cargos que les imputa la Comisión. Dichos procedimientos se recogen en la Comunicación sobre el desarrollo de los Procedimientos de Transacción²⁴, publicada en julio de 2008 con la correspondiente modificación²⁵ del Reglamento de procedimiento 773/2004 para contemplarlos.

No estaría completa la relación, sobre las principales actuaciones normativas que la Comisión ha llevado a cabo en torno al Reglamento 1/2003 durante estos diez años, si no hiciéramos mención a la llamada Directiva de Daños²⁶, de 26 de noviembre de 2014, aprobada con posterioridad a la publicación del informe, y pendiente de transposición por los Estados miembros (EEMM), a la fecha de redacción de este artículo, pero cuya discusión

²⁰ Reglamento (UE) núm. 461/2010, de la Comisión, de 27 de mayo, relativo a la aplicación del art. 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor (*DOUE* L 129, de 28 de mayo de 2010).

²¹ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003 (*DOUE* C 210, de 1 de septiembre de 2006).

²² Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del art. 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (*Comunicación de minimis*) (*DOUE* C 291, de 30 de agosto de 2014).

²³ http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/de_minimis_notice_annex_en.pdf.

²⁴ Comunicación de la Comisión de sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo, en casos de cártel (*DOUE* C 167, de 2 de julio de 2008).

²⁵ Reglamento (CE) núm. 622/2008, de la Comisión, de 30 de junio, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel (*DOUE* L 171, de 1 de julio de 2008).

²⁶ Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los EEMM y de la Unión Europea (L 349, de 5 de diciembre de 2014).

y redacción ha tenido lugar en el periodo informado. La publicación de la Directiva también ha llevado a la Comisión a modificar, para adaptar sus procedimientos a dicha norma, su Reglamento de procedimiento 773/2004, la Comunicación de Acceso al Expediente, la Comunicación de Clemencia y la Comunicación de Acuerdos de Transacción.

Como antecedentes de la Directiva cabe comentar la Recomendación de la Comisión²⁷ sobre principios comunes aplicables a los mecanismos de Recurso Colectivo de Cesación o de Indemnización en los EEMM en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión, para la cual la Comisión redactó la Comunicación para la Cuantificación de Daños en Materia de Competencia²⁸, que posiblemente revisará tras la reciente aprobación de la Directiva de daños.

En la elaboración de toda esa normativa —reglamentos, comunicaciones, directrices...— aprobada en dicho periodo, las ANC's han intervenido, no solo en los Comités consultivos, que al respecto —previos y posteriores a la consulta pública— celebra la Comisión, sino que han podido intervenir también en los trabajos previos a la redacción final (incluso en etapas muy preliminares de discusión sobre el tema) gracias a su participación en los distintos grupos de trabajo de la ECN.

Respecto a la Directiva de Daños, han sido los EEMM los que han consultado a las ANC's sobre determinados aspectos para la redacción del documento, en el ámbito de las discusiones en el Consejo. Además en la ECN la comunicación, liderada por la Comisión, ha sido fluida y se ha trabajado con las ANC's, entre otros temas, para preservar en el texto de la Directiva la eficacia de los programas de clemencia, así como el reconocimiento de las decisiones de las ANC's en aplicación de las normas de competencia.

Para finalizar, conviene mencionar el esfuerzo de la Comisión para dar mayor transparencia a sus procedimientos, manifestado en la redacción y publicación de una guía²⁹ —«*Rules applicable to Antitrust Enforcement*»— que describe el procedimiento interno en aplicación de las normas de competencia por la Comisión y recopila toda la normativa *antitrust* en vigor. La guía desarrolla determinados aspectos del procedimiento que no aparecen desarrollados en el Reglamento 1/2003, ni en el Reglamento 773/2004, dando así publicidad a su procedimiento interno en aplicación de las normas de competencia. También consta de una recopilación de la normativa *antitrust* en vigor a 1 de julio de 2013 (fecha de publicación de la guía).

²⁷ Recomendación de la Comisión, de 11 de junio de 2013, sobre los principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los EEMM en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión (DOUE L 201, de 2 de julio de 2013).

²⁸ Comunicación de la Comisión sobre la cuantificación del perjuicio en las demandas por daños y perjuicios por incumplimiento de los arts. 101 o 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (DOUE C 167, de 13 de junio de 2013).

²⁹ <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/legislation.html>.

2. LA PRÁCTICA DECISORIA: LOGROS DE LA ECN

El informe, con los datos que recoge sobre los trabajos en aplicación de las normas de competencia de la UE que ha realizado la Red ECN, resalta cómo el Reglamento 1/2003 marca un hito en la aplicación coherente de las normas de competencia en toda la Unión Europea. Gracias a la intervención de las ANC's en la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE, junto con la Comisión, y en el marco de la ECN, se garantiza a los operadores económicos y a los consumidores un marco común y coherente en la práctica decisoria en aplicación de las normas de competencia a lo largo de todo el territorio de la UE.

La coherencia en la práctica decisoria viene garantizada en el Reglamento 1/2003, por la notificación de la propuesta de decisión que deben hacer las ANC's a la Comisión, al menos 30 días antes de la adopción final. Esto permite a la Comisión hacer sus comentarios, sobre la propuesta de decisión, e incluso retirar la competencia de la ANC sobre el caso si detecta inconsistencia con la práctica decisoria en aplicación de las normas del Tratado de la UE. Sobre esto último conviene comentar que, a lo largo de estos diez años, la Comisión no ha hecho uso de dicha potestad contemplada en el art. 11(6) del Reglamento 1/2003.

También la coherencia es consecuencia del alto grado de cooperación en la Red ECN, entre las Autoridades de Competencia, no solo en el momento de la decisión, sino incluso en fases muy anteriores a la adopción de una decisión. Los casos llevados en la ECN, por sus efectos transfronterizos, conllevan mucha cooperación en el marco de la Red. Cooperación cotidiana de intercambio de información, de conocimientos, de búsqueda de enfoques comunes, de investigaciones conjuntas, etcétera.

Por otro lado, habría que añadir que las ANC's también dan su opinión, de expertos en competencia, en los casos de la Comisión, a través de la consulta que la Comisión les hace en los Comités consultivos, celebrados en el marco del art. 14 del Reglamento 1/2003.

Es decir, los distintos aspectos de la cooperación en la ECN, dentro el marco del Reglamento 1/2003 con su Paquete de Modernización, han permitido que la aplicación de las normas de competencia de la UE en estos diez años haya sido cuantiosa y coherente.

La práctica decisoria, de la Comisión y de las ANC's, en el periodo que va de mayo de 2004 a diciembre de 2013, se recoge con todo detalle por la Comisión en su informe³⁰. En concreto, más de 780 casos fueron investigados por infracción de los arts. 101 y/o 102 del TFUE, correspondiendo 122 a la Comisión y 665³¹ a las ANC's. En dicha actividad ha habido una

³⁰ La Comisión facilita información detallada en el *staff working document* SWD(2014) 230/2: http://ec.europa.eu/competition/antitrust/legislation/swd_2014_230_en.pdf.

³¹ Los datos recogidos en el informe sobre los casos de las ANC's se basan en los documentos remitidos por estas a la Comisión en cumplimiento de lo establecido en el art. 11(4) del Reglamento 1/2003.

clara prioridad de perseguir aquellas prácticas más perjudiciales para la competencia en el mercado y para los consumidores, los cárteles. Además se han perseguido abusos de posición de dominio, fundamentalmente en mercados liberalizados como la energía, telecomunicaciones, transportes, consistiendo muchos de ellos en prácticas exclusionarias.

Las decisiones contra los cárteles han supuesto el 48 por 100 de la práctica decisoria de la Comisión, y el 27 por 100 en la práctica decisoria de las ANCs en su conjunto.

Muchos de los casos de cárteles han sido detectados, y finalmente resueltos, gracias a los programas de clemencia y a la estrecha cooperación que en dicho ámbito tienen las autoridades de la ECN.

Otros acuerdos horizontales, han supuesto el 15 por 100 de las decisiones de la Comisión y un 19 por 100 de las ANCs en su conjunto.

En acuerdos verticales anticompetitivos, las decisiones de la Comisión han supuesto un 9 por 100 del total, y en el caso conjunto de las ANCs, han sido un 27 por 100, destacando la fijación de precios de reventa y formas anticompetitivas de distribución exclusiva y compra exclusiva, así como restricciones al comercio paralelo.

Sobre los abusos, la Comisión ha dedicado un 20 por 100 de sus decisiones a combatir esta práctica anticompetitiva, tratándose en su mayoría de abusos anticompetitivos, un 84 por 100, con cierre de mercado a competidores o limitaciones a la competencia efectiva. Sobre abusos explotativos, el restante 16 por 100, se ha centrado fundamentalmente en precios excesivos. En el caso conjunto de las ANCs, sus decisiones en aplicación del art. 102 TFUE supusieron un 42 por 100 del total de decisiones en aplicación de las normas de competencia de la UE. La mayoría de ellas han tratado abusos anticompetitivos, un 63 por 100; los casos investigados de abusos anticompetitivos y a la vez explotativos fueron un 22 por 100; y únicamente sobre abusos explotativos fueron un 15 por 100.

En cuanto a los sectores, en los que se han centrado las decisiones de la ECN en estos diez años, constituyen un amplio rango de productos y servicios. Cabe destacar que el sector más investigado, tanto por la Comisión como por las ANCs, ha sido el de industrias básicas y manufactureras, en el que se han sancionado un buen número de cárteles. Los sectores recientemente liberalizados también han recabado la atención, tanto de la Comisión como de las ANCs, telecomunicaciones, media, energía y transporte, ya que en general se trata de mercados concentrados con operadores dominantes.

3. EL REGLAMENTO 1/2003 ¿LA HERRAMIENTA COMÚN DE LA ECN?

El Reglamento 1/2003 y el llamado Paquete de Modernización, son el marco legal para la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE por parte de la Comisión y de las ANCs y de la cooperación en la ECN.

El Reglamento 1/2003 abre la aplicación completa de las normas de competencia de la UE a las ANC's, al establecer en su art. 3 la obligada aplicación de dichos preceptos en los casos iniciados donde pueda verse afectado el comercio entre EEMM.

Pero el Reglamento no establece el modelo institucional de las ANC's ni sus procedimientos y poderes de investigación/decisión ni la potestad sancionadora, que quedan regulados por la normativa nacional de cada ANC.

A lo largo de estos diez años ha habido un cierto grado de convergencia, de las normativas nacionales de competencia con el Reglamento 1/2003, en procedimiento y poderes de investigación, que queda reflejado en los informes elaborados en el seno de la ECN (en concreto en el grupo de trabajo ECN Cooperation Issues & Due Process): *Investigative Powers*³² y *Decision Making Powers*³³, publicados con la aprobación de los directores generales (DGs) de la ECN en octubre de 2012.

Pero los informes también han puesto de manifiesto un cierto grado de divergencia. De hecho dichos informes han sido la base para la elaboración de las llamadas Recomendaciones³⁴ ECN, dirigidas a fomentar la convergencia de los procedimientos nacionales y poderes de investigación, en materia de defensa de la competencia, con el Reglamento 1/2003. Porque, a pesar de que en estos diez años las ANC's han procurado que, tanto su procedimiento, como sus poderes de investigación converjan con el Reglamento 1/2003, el informe deja claro que aún queda mucho por hacer para que las ANC's actúen con las mismas herramientas que la Comisión.

Por otra parte, la convergencia mediante instrumentos de promoción, como la pretendida con las Recomendaciones de la ECN, sobre determinados poderes de decisión o investigación, no ha llevado a los EEMM a incluir en sus normativas nacionales de competencia todos los poderes de decisión e investigación recogidos en el Reglamento 1/2003. Por lo que dichas Recomendaciones no se han mostrado suficientemente eficaces.

Veremos a continuación algunos de esos poderes de decisión e investigación, que el Reglamento ha otorgado o desarrollado para la Comisión, pero no para las ANC's, y así lo comenta el informe sobre su uso en estos diez años.

A. TIPOS DE DECISIONES NOVEDOSAS EN EL REGLAMENTO 1/2003

Además de las decisiones de prohibición, de retirada de exención y de medidas cautelares, el Reglamento 1/2003 recoge importantes novedades con respecto a los tipos de decisiones que la Comisión puede adoptar en

³² http://ec.europa.eu/competition/ecn/investigative_powers_report_en.pdf.

³³ http://ec.europa.eu/competition/ecn/decision_making_powers_report_en.pdf.

³⁴ Las Recomendaciones ECN se describirán con más detalle al hablar de los documentos publicados por el foro de directores generales.

aplicación de las normas de competencia de la UE. Cabe destacar las decisiones de compromisos, recogidas en el art. 9, reforzadas por los poderes sancionadores (multas sancionadoras y multas coercitivas); en concreto la posibilidad de imponer multas, por el incumplimiento de los compromisos, contemplada en los arts. 23 y 24, refuerza la eficacia de las decisiones de compromisos. La Comisión ha utilizado ampliamente este tipo de decisiones en la resolución de casos, dictando un total de 33 decisiones de compromisos en los diez años de aplicación del Reglamento 1/2003. A este respecto también cabría citar la aportación que a ese tipo de decisiones ha realizado la jurisprudencia de la UE. En concreto, la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, que se refiere a la decisión de compromisos de la Comisión en el caso *Arosa-De Beers*, C-441/07. Trata, entre otros, la proporcionalidad que deben tener los compromisos³⁵ recogidos en una decisión basada en el art. 9 del Reglamento 1/2003.

Merece una mención el art. 10, que otorga a la Comisión el poder de emitir decisiones declarando la no infracción de los arts. 101 y/o 102 del TFUE por acuerdos o prácticas novedosas, llamadas decisiones de declaración de inaplicabilidad, que deben emitirse en caso de que lo requiera el interés público de la UE. Durante estos diez años la Comisión no ha emitido ninguna decisión en el marco de este artículo. En el informe de los diez años de aplicación, la Comisión reconoce que ha recibido solicitudes para emitir ese tipo de decisiones, pero que no cumplían el requisito, mencionado en el considerando 14 del Reglamento, de tratarse de «casos excepcionales que el interés público requiera». Por otra parte, revela que durante redacción del Reglamento 1/2003 se pensó que este artículo serviría también en caso de que la practica decisoria de una ANC o de un Tribunal nacional fuera divergente de la de la Comisión en un determinado área; finalmente, reconoce la Comisión en el informe, que ese riesgo de divergencia ha sido totalmente eludido en la práctica, gracias al foro de discusión, puesta en común y fuente de coherencia que ha demostrado ser la ECN.

La Comisión ha usado, en el periodo que analiza el informe, el procedimiento para decisiones de *settlements*³⁶, diseñado para decisiones sancionadoras en cárteles, en las que no se elimina el factor disuasorio de las multas pero, por la aceptación de los cargos, se obtiene una reducción en la multa que incluso puede combinarse con los beneficios de acogerse al programa de clemencia. Este tipo de decisiones reduce la duración del pro-

³⁵ El Tribunal declara, en el punto 41 de la sentencia: «La aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la Comisión en el contexto del art. 9 del Reglamento núm. 1/2003 se reduce a una verificación de que los compromisos propuestos responden a las inquietudes de las que ella informó a las empresas afectadas y de que estas últimas no han propuesto compromisos menos gravosos que respondan de un modo igualmente adecuado a tales inquietudes. Al llevar a cabo esta verificación, la Comisión debe no obstante tomar en consideración los intereses de terceros».

³⁶ Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo, en casos de cártel (*DOUE* C 167, de 2 de julio de 2008) y Reglamento (CE) núm. 622/2008, de la Comisión, de 30 de junio, por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel (*DOUE* L 171, de 1 de julio de 2008).

cedimiento y facilita la reasignación de recursos para investigar un mayor número de casos.

En cuanto a las ANC, sobre la disponibilidad de dictar decisiones de compromisos, se puede decir que casi todas las ANC tienen poderes explícitos para adoptar ese tipo de decisiones y han hecho uso de ellas. En concreto, el 23 por 100 de las decisiones propuestas a la Comisión en virtud del art. 11(4)³⁷ del Reglamento 1/2003, en los diez años que abarca el informe, fueron decisiones de compromisos. Pero los procedimientos de las ANC no son siempre convergentes con el del Reglamento 1/2003 (por ejemplo, algunas ANC carecen en su procedimiento de compromisos de potestad sancionadora suficiente para la obligación del cumplimiento de los mismos) por ello la ECN publicó una Recomendación³⁸ dedicada a decisiones de compromisos, con la finalidad de estimular la convergencia de los procedimientos de las ANC en este tema con el Reglamento 1/2003.

Sobre las decisiones de no aplicabilidad de los arts. 101 y 102 del TFUE, establecidas en el art. 10 del Reglamento 1/2003, son potestad exclusiva de la Comisión y no pueden adoptarse por las ANC. De hecho el art. 5 del Reglamento 1/2003, que establece el tipo de decisiones que pueden adoptar las ANC en la aplicación de los arts. 101 y/o 102 TFUE, declara que en caso que una ANC: «No acredite que se reúnen las condiciones para una prohibición, podrá decidir así mismo que no procede su intervención». La interpretación de este precepto ha sido aclarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su decisión sobre la cuestión prejudicial C-375/09, *Tele 2 Polska*³⁹. Y viene a decir que ante una práctica no acreditada no puede haber pronunciamiento de una ANC en el sentido de que no ha habido infracción de las normas de competencia de la UE, ya que podría suponer una declaración de inaplicabilidad. Por la claridad de la decisión vale la pena citarla literalmente: «El art. 5 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una autoridad nacional de

³⁷ «A más tardar 30 días antes de la adopción de una decisión por la que se ordene la cesación de una infracción, por la que se acepten compromisos o por la que se retire la cobertura de un reglamento de exención por categorías, las autoridades competentes de los EEMM informarán de ello a la Comisión. A tal efecto, le proporcionarán una exposición resumida del asunto y el texto de la decisión prevista o, en ausencia de esta, cualquier otro documento en el que se indique la línea de acción propuesta. Esta información podrá ponerse también a disposición de las autoridades de competencia de los demás EEMM. A instancias de la Comisión, la autoridad de competencia encargada del asunto deberá poner a disposición de la Comisión otros documentos que se hallen en su poder y que sean necesarios para evaluar el asunto. La información facilitada a la Comisión podrá ponerse a disposición de las autoridades de competencia de los demás EEMM. Las autoridades nacionales de competencia podrán asimismo intercambiarse la información necesaria para evaluar el asunto que estén instruyendo al amparo de los arts. 81 y 82 del Tratado».

³⁸ http://ec.europa.eu/competition/ecn/ecn_recommendation_commitments_09122013_en.pdf.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 3 de mayo de 2011, *Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów contra Tele2 Polska sp. z o.o., divenue Netia SA*. Petición de decisión prejudicial: Sąd Najwyższy, Polonia. Competencia, Reglamento (CE) núm. 1/2003, art. 5, Abuso de posición dominante, Competencias de las autoridades de competencia de los EEMM para declarar que no existe vulneración del art. 102 TFUE.

competencia pueda adoptar una decisión por la que se declare que no se ha vulnerado el art. 102 TFUE cuando, con objeto de aplicarlo, examina si concurren las condiciones de aplicación de dicho artículo y, a raíz de ese examen, concluye que no se ha producido una práctica abusiva. 2) El art. 5, párrafo 2.º, del citado Reglamento es directamente aplicable y se opone a la aplicación de una norma jurídica nacional que imponga la finalización de un procedimiento de aplicación del art. 102 TFUE mediante una decisión por la que se declare que no se ha vulnerado dicho artículo».

Al dictar este tipo de decisiones, las ANC's no están obligadas a notificar a la Comisión, 30 días antes de su adopción, su proyecto de decisión. De hecho la Comisión no llega a conocerlas pues no se obliga su notificación en virtud del art. 11(4)⁴⁰. Por otra parte, y en opinión de la Comisión, las ANC's más proclives a emitir las podrían ser aquellas que no tienen la potestad de desestimar denuncias, como herramienta para establecer sus prioridades en la aplicación de las normas de competencia, y por tanto han de entender sobre todas aquellas denuncias que les son presentadas.

Sobre los procedimientos de *settlements* son pocas aún las ANC's que disponen de poderes para dictarlas, y no hay datos en el informe sobre las decisiones de transacción adoptadas por las ANC's en este periodo.

B. PODERES DE INVESTIGACIÓN NUEVOS O REFORZADOS POR EL REGLAMENTO 1/2003

El Reglamento 1/2003 otorga a la Comisión la posibilidad de decidir si sus solicitudes de información son bajo la forma de simple solicitud, o directamente como decisión formal de carácter obligatorio, y por tanto con sanciones por incumplimiento. Otras novedades son la posibilidad de realizar inspecciones en domicilios particulares y de llevar a cabo entrevistas (con un cierto carácter interrogatorio —pues se distinguen de las meras aclaraciones o de las entrevistas en casos de solicitud de clemencia—, pero siempre voluntarias), así como precintar y recabar aclaraciones orales e incluso grabar las respuestas. Las medidas de investigación de la Comisión se refuerzan en el Reglamento 1/2003 gracias a la potestad sancionadora, recogida en los arts. 23 y 24.

En cuanto a sanciones por obstrucción a las tareas de inspección, cabe mencionar las tres decisiones sancionadoras que a lo largo de este periodo ha dictado la Comisión, dos por rotura de precintos⁴¹ y otra por manipulación del sistema de almacenamiento de correo electrónico de la empresa⁴².

Sobre las inspecciones en domicilios particulares, la Comisión confirma su realización aunque no recoge más datos en el informe, solo añade

⁴⁰ Véase nota al pie núm. 37.

⁴¹ COMP/39.326, *E.ON Energie AG*, Decisión de 20 de enero de 2008 y COMP/39.796, *Suez Environnement*, Decisión de 24 de mayo de 2011.

⁴² COMP/39.793, *EPH and others*, Decisión de 28 de marzo de 2012.

que, dada la sensibilidad de la medida, dichos poderes se han ejecutado de manera proporcionada a la necesidad y en un número limitado de casos.

A lo largo de los diez años, que abarca el informe, la Comisión solo refleja una actuación en virtud del art. 22 (2) del Reglamento 1/2003 —inspección realizada por una ANC en su territorio, a petición de la Comisión—. En un único caso⁴³ ha solicitado la Comisión a dos ANCs que lleven a cabo una inspección, en su nombre, en sus respectivos territorios. Sin embargo el equivalente a esta herramienta, prevista en el art. 22(1) del Reglamento 1/2003, para su uso por las ANCs —inspecciones realizadas a petición de otra ANC, y posterior intercambio de información en virtud del art. 12— ha sido mucho más utilizada, aunque el informe no la trata en detalle.

En cuanto a las ANCs, todas disponen de poderes para llevar a cabo inspecciones en aplicación de las normas de competencia, pero no todas tienen todos los poderes necesarios para practicarlas con eficacia. Por ejemplo, algunas ANCs carecen de poderes para inspeccionar domicilios particulares. Otras ANCs no tienen poderes para precintar, o carecen de poderes sancionadores contra la obstrucción en las inspecciones, o contra las limitaciones a la cooperación por parte de las empresas inspeccionadas, etcétera.

También conviene mencionar que la posibilidad de establecer prioridades en su trabajo, mediante la desestimación de denuncias, entre otros por carecer de interés comunitario, le queda reconocida a la Comisión en la Jurisprudencia Tribunal de Justicia de la UE⁴⁴, lo cual permite una asignación más eficiente de recursos.

En el caso de las ANCs, aunque la mayoría pueden fijar prioridades de actuación, no todas pueden desestimar denuncias y así destinar sus recursos a casos prioritarios.

Estas disparidades, o mejor dicho, para algunas ANCs insuficiencias en los poderes de investigación, en comparación con los establecidos en el Reglamento 1/2003, da una idea de la falta de convergencia de las normativas nacionales con el Reglamento 1/2003. Y son una llamada a la dotación de las ANCs con esas herramientas necesarias para la aplicación de las normas de competencia de la UE, que sí se recogen y desarrollan en el Reglamento 1/2003, pero solo para la Comisión.

4. DIEZ AÑOS COOPERANDO EN LA APLICACIÓN COHERENTE DE LOS ARTS. 101 Y 102 DEL TFUE Y EN LA BÚSQUEDA DE LA CONVERGENCIA

Las decisiones en la ECN dictadas en este periodo, fruto del cuantioso trabajo y de la cooperación en dicha red, han disipado los temores que se

⁴³ COMP/39.165, *Flat glass en Francia y Alemania*, en febrero de 2005.

⁴⁴ P. ej., véase Sentencia Tribunal General T 24/90, *Automec v. Commission* (1992), ECRII 2223 para. 76.

dieron al inicio de su andadura, especialmente, sobre la aplicación coherente de las normas de competencia de la UE en un sistema de aplicación concurrente, en el que intervendrían diversas Autoridades de Competencia.

Desde el arranque de la ECN, las ANCs han tenido en cuenta la jurisprudencia comunitaria en su práctica decisoria así como la experiencia de la Comisión, para la aplicación de las normas de competencia de la UE. Esto, junto con los intercambios de experiencias y las discusiones y trabajos conjuntos entre los miembros de la ECN en los diversos grupos y subgrupos de trabajo⁴⁵, ha posibilitado la coherencia en las decisiones entre todas las Autoridades de Competencia de la Red.

Además ha habido una búsqueda activa de la armonización de la normativa nacional con el Reglamento 1/2003, tanto en tipos de decisiones como en poderes de investigación, ha sido un tema de trabajo constante en la ECN, para la mejora del marco de actuación de las ANCs. Cabe destacar cómo el foro de los directores generales (DGs), a la cabeza de todos los grupos/subgrupos de la ECN, ha ido adquiriendo un carácter más estratégico para cohesionar aún más el trabajo de la ECN⁴⁶. Desde 2010 el foro tiene dos reuniones al año, discute y elabora el plan de trabajo para cada grupo/subgrupo de la ECN, y aprueba los documentos que resultan de dicho trabajo.

Sobre armonización/convergencia de normativa nacional con el Reglamento 1/2003, los DGs han aprobado y hecho público, en 2012, la revisión del Modelo de Programa de Clemencia⁴⁷.

También en este sentido, en diciembre de 2013, los DGs de la ECN han aprobado, como documentos de la ECN que podríamos calificar de instrumentos *soft law*, las ya mencionadas Recomendaciones (*Recommendations on key investigative and decision-making powers*)⁴⁸ enfocadas a la promoción, ante los legisladores nacionales, para la dotar a las ANCs de unos poderes mínimos de investigación y otros, en las normativas de defensa de la Competencia de las ANCs. Dichas Recomendaciones desarrollan las siguientes potestades como mínimos necesarios para el trabajo eficiente de una Autoridad de Competencia en la UE: poderes para recabar información en formato electrónico y análisis forense; poderes de investigación y sanciones en la ejecución de inspecciones y solicitudes de información; poderes para dictar decisiones de compromisos; poderes para el establecimiento de prioridades en el trabajo de las Autoridades de Competencia; poderes para dictar decisiones de medidas cautelares; poderes para asistir

⁴⁵ Existe otro artículo que describe en detalle dichos grupos/subgrupos de trabajo de la ECN en el *Anuario ICO de 2010*.

⁴⁶ En el foro de DGs también ha tenido pronunciamientos, mediante declaraciones conjuntas públicas (*Resolutions*) —<http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>—, sobre temas relevantes que necesitaban un posicionamiento claro y único de las autoridades de competencia de la UE ante determinadas situaciones. Cabe destacar, la declaración sobre la relevancia de las autoridades de competencia en tiempos de crisis de noviembre de 2010 (<http://ec.europa.eu/competition/ecn/ncas.pdf>).

⁴⁷ http://ec.europa.eu/competition/ecn/mlp_revised_2012_en.pdf.

⁴⁸ <http://ec.europa.eu/competition/ecn/documents.html>.

de otras Autoridades en inspecciones en aplicación del art. 22(1) del Reglamento 1/2003; y poderes para la imposición de remedios estructurales.

Estas Recomendaciones dejan claro el alto grado de consenso que existe internamente en la ECN, y cuál es el camino para mejorar y ser más eficientes en la aplicación de las normas de competencia de la UE. Pero en la práctica han resultado ser instrumentos demasiado débiles, frente a tradiciones legales o incluso impedimentos de orden constitucional que pueden darse en las distintas jurisdicciones nacionales, para modificar las normativas de competencia nacionales, y así lo menciona la Comisión en su informe⁴⁹.

5. FISURAS EN EL SISTEMA

A la vista de los resultados recogidos en el informe, hay que admitir el cambio (con respecto al Reglamento del Consejo 17/1962 —que sustituye el Reglamento 1/2003—), calificado de emblemático por la Comisión, que ha supuesto la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 y el consiguiente buen funcionamiento de la ECN, en la aplicación de las normas de competencia en la UE, y la relevancia que esto tiene en la consecución del mercado único, en el crecimiento económico de la UE y en el bienestar de los ciudadanos de la UE.

Como ya se ha dicho, la Red ECN ha alcanzado no solo cifras récord de casos, en aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE, sino también la coherencia en las decisiones adoptadas, y en todo esto el papel de las ANCs es esencial.

Además durante este tiempo, todas las ANCs han llevado a cabo ciertas reformas legislativas para mejorar su normativa de competencia, siempre en la dirección que marca el Reglamento 1/2003. No obstante, como ya se ha comentado, aún existen divergencias e insuficiencias de poderes en los sistemas nacionales en los que determinadas medidas, como las Recomendaciones aprobadas por los DGs, aún no han dado fruto pues no se han producido las reformas recomendadas. Esos aspectos realmente dificultan la aplicación eficiente de los arts. 101 y 102 TFUE.

En definitiva son aspectos no regulados o no desarrollados suficientemente para las ANCs, en el marco normativo que ofrece el Reglamento 1/2003 y el llamado Paquete de Modernización, y que a lo largo de los diez años de trabajo de la Red se han echado en falta para una mayor eficacia. Por contraste, existe la obligación en el Reglamento 1/2003 de que las ANCs apliquen las normas de competencia del TFUE, en aquellos casos

⁴⁹ Párrafo 56 del *Staff working document* SWD(2014) 231/2: «While these soft tools cannot overcome constitutional impediments, obstacles flowing from national legal traditions or from national case law, the Recommendations show that there is a considerable degree of consensus within the ECN on the procedural tools which authorities must have to be able to effectively apply competition law».

de infracción de las normas de competencia con efectos en el comercio intracomunitario.

Por tanto, la mejora del sistema, de aplicación de las normas de competencia de la UE en la ECN, pasará de manera clara por la subsanación de las deficiencias concretas, es decir, pasará por dotar a las ANCs de poderes que les permitan aplicar las normas de competencia de la UE con las herramientas suficientes para una actuación eficaz, y que la Comisión agrupa en su informe en cuatro puntos concretos: el modelo institucional e independencia de las ANCs, los poderes de investigación/decisión a disposición de las ANCs, los poderes sancionadores, y los programas de clemencia.

A. EL MODELO INSTITUCIONAL Y LA INDEPENDENCIA DE LAS ANCs

El Reglamento 1/2003, en su art. 35⁵⁰ solo indica que los EEMM deberán designar a las ANCs, y dotarlas de poderes suficientes para que apliquen de manera efectiva lo preceptuado en el mismo, pero sin desarrollarlo con unas exigencias concretas mínimas. No establece nada respecto al modelo institucional de las ANCs dejándolo a la discrecionalidad de los gobiernos nacionales. Todo ello ha dado lugar, en algunos EEMM, a ANCs institucionalmente poco estables, creadas con marcos legales que en ocasiones no garantizan la independencia en sus actuaciones, y en muchas ocasiones a ANCs no suficientemente dotadas de presupuesto o sin independencia económica.

Como se ha mencionado anteriormente⁵¹, ya se pronunciaron todos los DGs sobre la necesidad de disponer de ANCs independientes y dotadas de presupuesto económico suficiente, cuando en 2010 la crisis económica de muchos países de la UE llevó a algunos gobiernos a destinar menos recursos a sus Autoridades de Competencia.

Es grande la diversidad entre las ANCs, no solo en cuanto al modelo institucional, sino también en cuanto al modo de respeto de las garantías procedimentales, en cuanto a la dotación e independencia presupuestaria y también en cuanto a los límites legales que garantizan la independencia e incompatibilidades/conflictos de intereses de los miembros de los órganos decisorios. La Comisión lo señala como un elemento que requiere la atención de todos los EEMM, no por la diversidad, sino por la debilidad institucional que puede darse en dichos modelos.

A lo largo de estos diez años, el rescate económico de determinados países⁵² ha llevado al reforzamiento de sus ANCs, empezando por reformas en sus leyes de competencia que les han otorgado mayores poderes y

⁵⁰ «Los EEMM designarán a la autoridad o autoridades de competencia competentes para aplicar los arts. 81 y 82 del tratado de tal forma que puedan velar por el cumplimiento efectivo de lo dispuesto en el presente reglamento [...]».

⁵¹ Véase nota al pie núm. 46.

⁵² Portugal, Irlanda, Chipre y Grecia.

dotaciones económicas, pero aún insuficientes si las comparamos con otras ANCs y por supuesto con la Comisión. También la Comisión ha intentado reforzar las ANCs de determinados EEMM a través de sus recomendaciones recogidas en el llamado Semestre Europeo⁵³, entre estas ha recogido cierta preocupación por la fusión de Autoridades de Competencia con otros reguladores de mercado que han tenido lugar en varios EEMM. La Comisión llega a admitir que ha seguido muy de cerca la creación de esos nuevos organismos para comprobar que no había un debilitamiento, en la aplicación eficiente de las normas de competencia, en las autoridades resultantes.

A pesar de las mejoras mencionadas, la Comisión manifiesta en su informe un cierto temor a la inestabilidad en el modelo institucional de las ANCs, que no está regulado en el Reglamento 1/2003 y que contrasta con la situación algunos reguladores sectoriales, como los de energía⁵⁴, telecomunicaciones⁵⁵ y transporte ferroviario⁵⁶, cuyo modelo institucional nacional debe cumplir a unos mínimos, también de independencia y dotación presupuestaria, como exigencia de la normativa de la UE. Un modelo institucional similar al de los reguladores para las ANCs, es decir un modelo establecido en una norma a nivel de la UE, podría facilitar la independencia, la estabilidad y permitiría el recurso de la Comisión ante el Tribunal de Justicia de la UE, en caso de posibles incumplimientos por los EEMM.

B. LA FALTA DE CONVERGENCIA EN PROCEDIMIENTOS Y PODERES DE INVESTIGACIÓN

Bajo este título se incluirían todos los poderes de decisión e investigación que se recogen en el Reglamento 1/2003 pero que, a pesar de los esfuerzos y recomendaciones realizados en la ECN en pro de la convergencia en estas materias, todavía hay carencias en los poderes de las ANCs, si se comparan con los poderes de la Comisión, para la aplicación eficaz de los arts. 101 y 102 del TFUE.

Esa ausencia de determinados poderes conlleva costes e incertidumbres legales para aquellas empresas que actúan en varios EEMM o a lo largo de toda la UE.

Como se ha dicho, la aplicación de las normas comunitarias se lleva a cabo en los marcos nacionales de aplicación de las normas de competen-

⁵³ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Europeo Económico y Social y al Comité de las regiones: Recomendaciones específicas país, COM (2014) 400 final.

⁵⁴ Art. 35, Directive 2009/72 of the European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54, OJ 2009, L 211, 55.

⁵⁵ Art. 3, Directive 2002/21 of the European Parliament and of the Council of 7 March 2002 on a common regulatory framework for electronic communications networks and services, OJ 2002, L 108, 33 as amended by Directive 2009/140 of the European and of the Council of 25 November 2009, OJ 2009, L 337, 37.

⁵⁶ Art. 55 of Directive 2012/34 of the European Parliament and of the Council of 21 November 2012 establishing a single European railway area, OJ 2012, L 343, 32.

cia, es decir, según los procedimientos nacionales, que no siempre abarcan todos los poderes de decisión e investigación que contempla el Reglamento 1/2003.

También en este aspecto la diversidad entre las ANCs es grande. Hay algunas ANCs que prácticamente puede decirse de ellas que la convergencia de sus procedimientos es casi total con los establecidos en el Reglamento 1/2003, sobre todo en cuanto a poderes de investigación, pero otras sin embargo carecen de poderes de investigación que podrían considerarse básicos como el de precintar o el de recabar información en formato electrónico. Respecto a las decisiones, por ejemplo algunas ANCs no tienen poderes para desestimar denuncias y por tanto para establecer plenamente sus prioridades, y otras carecen de poderes para la imposición de remedios estructurales, o de sanciones por incumplimientos de distintos requerimientos de información o sometimiento a inspecciones, etcétera.

Para intentar suplir esa ausencia de poderes, se redactaron las ya citadas Recomendaciones aprobadas por los DGs, pero no resultaron exitosas. Hay muchos procedimientos que solo podrían modificarse con normas de rango legal, y otros, en los que en caso de modificarse por instrumentos *soft law* (p. ej., comunicaciones), quedarían sujetos al riesgo de involución.

C. FALTA DE ARMONIZACIÓN DE LAS SANCIONES

El Reglamento 1/2003 no establece los criterios para la imposición de sanciones por infracciones de los arts. 101 y/o 102 TFUE. Tampoco otorga a las ANCs poderes sancionadores como lo hace con la Comisión. Por contraste, es comúnmente reconocida la necesidad de una potestad sancionadora que permita imponer multas por infracciones de las normas de competencia que sean disuasorias, proporcionadas y efectivas.

Sobre las divergencias, se podría empezar comentando los distintos sistemas sancionadores, administrativo, civil, y penal, que se dan en los distintos EEMM por infracción de las normas de competencia. La gran mayoría⁵⁷ de ANCs dispone de sanciones administrativas o civiles, para la aplicación pública de las normas de competencia, que en algunos EEMM se completan con sanciones penales.

Es cierto que muchas ANCs en sus esfuerzos por converger de manera voluntaria han elaborado directrices, con metodologías similares a las de las Directrices de multas de la Comisión de 2006, y basadas también en un documento sobre convergencia en sanciones, elaborado por el foro de Autoridades de Competencia del espacio Económico Europeo (ECA), para la imposición de multas administrativas, que tiene en cuenta, entre otros, la gravedad de la infracción, la duración, posibles agravantes y atenuantes. Pero el esfuerzo no ha sido suficiente. Dado que todas las ANCs imponen

⁵⁷ Salvo Irlanda.

las sanciones —por infracción de los arts. 101 y 102 TFUE— según su marco sancionador nacional, la diversidad continúa siendo absoluta. Cada ANC tiene unos poderes sancionadores que pueden diferir de otras ANCs y de la Comisión, en cuanto que no disponen de los mismos poderes que los establecidos en el Reglamento 1/2003, como puede ser la potestad de sancionar a asociaciones de empresas, o la potestad de imponer multas coercitivas por incumplimientos, etc. También difieren por la falta de conceptos esenciales comunes para el ejercicio práctico del poder sancionador como son el concepto de empresa, el establecimiento de la cuantía básica para el cálculo de la multa, el del límite máximo del importe de las sanciones, la responsabilidad subsidiaria, etcétera.

La Comisión destaca que la divergencia en estos aspectos, da lugar a poderes sancionadores insuficientes por parte de las ANCs, que ocasionan, como mínimo, un riesgo en cuanto a la falta de efecto disuasorio de las sanciones impuestas por las ANCs por infracciones de los arts. 101 y/o 102 TFUE.

D. LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA

La lucha contra los cárteles experimentó un despegue, con la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, que han incrementado considerablemente los programas de clemencia de la Comisión y de las ANCs. La cooperación en la ECN, las posibilidades de intercambio de información, de medidas de investigación a petición de otra Autoridad de Competencia y la reasignación de casos a la autoridad mejor situada para entender de ellos, también han facilitado la lucha eficaz contra las prácticas más dañinas.

Pero dicha cooperación resulta no del todo eficaz al no existir una convergencia total o un reconocimiento mutuo entre los programas de clemencia, de las ANCs y de la Comisión, que puede desincentivar las solicitudes de clemencia en casos con efectos en territorios de más de un Estado miembro.

Fue el primer Programa Modelo de Clemencia, elaborado en el seno de la ECN, y aprobado por los DGs en 2006, la primera herramienta que facilitó la convergencia de los distintos programas de clemencia dentro de la ECN y que también estimuló la creación de programas en muchas ANCs⁵⁸ que aún no lo tenían y el alineamiento entre ellos. Había problemas por resolver, que podrían mermar la eficacia de los programas de clemencia en la ECN. Entre ellos la inexistencia de una ventanilla única, donde un solicitante de clemencia, que reconozca su participación en un cártel con efectos en el territorio de varios EEMM, pueda presentar su solicitud ante una única Autoridad de Competencia de la ECN (Comisión o ANC), con total garantía de que su posición en la solicitud de clemencia será manteni-

⁵⁸ A la fecha de publicación del informe Malta es la única ANC que aún no dispone de Programa de Clemencia pero lo está elaborando.

da en caso de que finalmente sea otra Autoridad de Competencia (Comisión o ANC) la que finalmente entienda del caso por estar mejor posicionada. Para solventar dicho problema se introdujeron las solicitudes abreviadas de clemencia, que facilitan la aplicación del programa de clemencia por la Autoridad mejor posicionada para entender del caso, en casos con efectos en más de tres EEMM y que se sometían a un proceso de reasignación en la ECN. Así un solicitante de clemencia podía dirigirse de manera simultánea a las Autoridades de Competencia en cuyos territorios se dieran los efectos del cártel, y a la Comisión, asegurando en cierto sentido su posición de cara a la solicitud de inmunidad, por su cooperación en la detección del cártel, y en caso de que la Comisión no entendiera finalmente del caso y lo trasladara a una ANC mejor posicionada. Dichas solicitudes se ampliaron en la reforma del Modelo Programa de Clemencia, que se aprobó en 2012, contemplando el uso de las solicitudes abreviadas también para los casos de reducción de las multas.

A pesar de todo ello, el sistema actual hace que las empresas tiendan a presentar su solicitud de clemencia ante la Comisión, antes de hacerlo en cualquier ANC que podría estar mejor posicionada. Lo que lleva a una cierta recentralización en la Comisión, que podría considerarse contraria a la filosofía del Reglamento 1/2003 de dar mayor protagonismo a las ANCs en la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE. Esto es también debido a que aún quedan temas pendientes de armonizar en los distintos programas de clemencia para conseguir un reconocimiento equivalente de las solicitudes de clemencia en toda la UE. En la práctica, el sistema se intenta mejorar con una estrecha cooperación y búsqueda de soluciones a los problemas que van surgiendo, mediante el trabajo de los miembros de la ECN en el grupo de Cártels, donde las ANCs con la Comisión tratan los casos puntuales y acuerdan soluciones.

Otro problema, con el que se enfrentan los programas de clemencia en la ECN, es la cooperación en caso de realizarse solicitudes de clemencia por personas físicas. No todas las ANCs contemplan dicha posibilidad y es otro tema que debe trabajarse para facilitar la cooperación en la ECN.

6. EL CAMINO HACIA UNA MAYOR EFICACIA EN LA APLICACIÓN DE LOS ARTS. 101 Y 102 TFUE: UNA ACTUACIÓN LEGISLATIVA DE LA COMISIÓN

Como se ha visto, el informe centra las posibles mejoras en reforzar a las ANCs, tanto en su diseño institucional como en la dotación de determinados poderes. La Comisión plantea las mejoras necesarias de manera explícita: modelo institucional de las ANCs suficientemente dotadas, estable, que garantice la toma de decisiones coherentes e independientes. Poderes de decisión y de investigación, de las ANCs, que permitan el uso de herramientas, equivalentes a las que asigna el Reglamento 1/2003 a la Comisión, para la aplicación de las normas de competencia del Tratado.

Respecto a la potestad sancionadora, también propugna una convergencia de la potestad de las ANC's que tenga los mismos criterios básicos y que permita dar firmeza a los poderes de investigación, y que por supuesto refuerce las decisiones de las ANC's con el carácter disuasorio que deben tener.

Sobre la prioridad común a todas las Autoridades de Competencia, de la lucha contra las prácticas más dañinas para el mercado y para los consumidores, los cárteles, el informe propone seguir trabajando en la armonización de los programas de clemencia, que tan exitosos se han mostrado en estos diez años para la detección de los cárteles.

En definitiva, la Comisión reconoce la necesidad de apuntalar a las ANC's, como pilares de la aplicación de las normas de competencia de la UE, pero en su informe deja abierto el procedimiento para acometer dichas mejoras indicando únicamente que valorará posibles iniciativas⁵⁹.

La Comisión Europea representa los intereses de la Unión Europea en su conjunto, y tiene la potestad de proponer nueva legislación al Parlamento Europeo y al Consejo de la Unión Europea, y además la misión de garantizar la correcta aplicación del Derecho de la UE por parte de los países miembros. Por tanto, a primera vista parece que es de la Comisión de donde han de partir las reformas necesarias para seguir adelante en la consecución de las mejoras propuestas, en definitiva para reforzar a las ANC's para la aplicación de las normas de competencia de la UE.

La Comisión puede proponer la reforma del Reglamento 1/2003, u otra acción legislativa al respecto, al Parlamento Europeo y al Consejo de la UE. Es la guardiana del Tratado y para ello puede y debe actuar con iniciativas legislativas que mejoren el cumplimiento de los preceptos recogidos.

Los principios de subsidiariedad y proporcionalidad implican que la UE solo puede legislar cuando la acción de la UE sea más eficaz que la acción nacional, regional o local, y solo en la medida necesaria para alcanzar los objetivos acordados. En este caso, en el que lo que se reclama es una armonización de las ANC's y de sus poderes, que permita una aplicación eficaz y coherente de las normas de competencia de la UE, queda más que clara que una actuación legislativa a nivel de la UE sería mucho más eficaz que cualquier acción nacional.

Por otra parte, dado que una vez que se ha adoptado la legislación de la UE, la Comisión garantiza su correcta aplicación por parte de los países miembros, la estabilidad del sistema quedaría garantizada.

A la vista del reciente lanzamiento, el 4 de noviembre de 2015, de una consulta pública⁶⁰, parece que finalmente la Comisión está contemplando la posibilidad de acometer una actuación legislativa.

⁵⁹ Final párrafo 46 del informe [COM(2014) 453]: «The Commission will further assess appropriate initiatives to best achieve these goals».

⁶⁰ Página web, *Consulta Empowering NCAs*.

La consulta pública, en la que todas las partes afectadas pueden y deben opinar, es un buen punto de partida para una propuesta legislativa en nuestra sociedad. Puede ser por ello, pero también por el impulso que la opinión pública puede dar al proyecto de una reforma legislativa, por lo que la Comisión quiere recabar la opinión de cualquier interesado, particularmente de ciudadanos, asociaciones de consumidores, operadores en el mercado (incluidas PYMEs), asociaciones de empresas, autoridades públicas, el mundo académico, profesionales de la competencia, bufetes de abogados, etcétera.

La consulta pregunta directamente cómo dotar de mayores poderes de decisión e investigación, así como de independencia y presupuesto suficiente, a las Autoridades Nacionales de Competencia (ANCs), para una aplicación más eficiente de las normas de competencia de la Unión Europea, arts. 101 y 102 del Tratado Fundacional de la Unión Europea.

En la presentación de la consulta, citando el informe, la Comisión destaca los resultados del sistema de aplicación de las normas de competencia, que introduce el Reglamento 1/2003, y sus beneficios en los consumidores, en los operadores en el mercado, en la consecución del mercado único europeo y en el crecimiento económico. Pero pone de manifiesto nuevamente las deficiencias en los poderes de investigación, de decisión, en la independencia y dotación presupuestarias de las ANCs, declarando que el Reglamento 1/2003, aunque otorga las competencias a las ANCs, deja sin regular los poderes necesarios, lo cual impide que el sistema sea más eficaz.

La Comisión en concreto pregunta con cierto detalle (dedica varias preguntas a cada uno de los cuatro puntos principales) a los destinatarios de la consulta «cómo» asegurar el que las ANCs:

1. Puedan actuar con independencia cuando aplican las normas de Competencia de la UE y disponer de recursos económicos y humanos suficientes para ello.
2. Dispongan de poderes suficientes para detectar y combatir las infracciones de Competencia.
3. Puedan imponer sanciones efectivas por infracciones de las normas de Competencia de la UE a las empresas infractoras.
4. Dispongan de programas de clemencia que estimulen a las empresas a denunciar aportando evidencias los cárteles ilegales, y que permitan la persecución de los cárteles de manera efectiva a nivel europeo.

La consulta, que finalizará el 12 de febrero de 2016, parece ser un paso adelante en la manifestación de la voluntad de la Comisión de acometer el proyecto mediante una acción legislativa. Se espera que el resultado de la consulta dé el apoyo de los consumidores (de manera individual o a través de sus asociaciones), del mundo de la empresa, de la comunidad legal, de los académicos, de las autoridades de competencia nacionales y de los Gobiernos de los EEMM, a la Comisión para seguir adelante.

De todo ello deberá surgir una acción legislativa, a nivel de la UE, que permita, con unas garantías mínimas, que este sistema, que inició su andadura hace diez años, y que ha desarrollado un trabajo cuantioso y coherente, pueda seguir adelante a través de la puesta en práctica de las mejoras que propone el informe aquí comentado, que siempre redundarán en el beneficio de los consumidores, de los operadores en el mercado, y en la consecución del mercado único en la UE.

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ANTE EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA COMERCIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS AUTORALES VISUALES DE LAS COMPETICIONES PROFESIONALES FUTBOLÍSTICAS: SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Miguel Ángel García Caba
Miguel Ángel García Caba
Lega Fútbol de Fútbol Profesional

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo analizar la situación actual de la competencia y el papel del Derecho de la Competencia en el ámbito de los derechos autorales visuales de las competiciones profesionales futbolísticas, así como el impacto de la aplicación del Reglamento 1/2003 en este sector. Se abordarán los aspectos de derecho de la competencia aplicables a la explotación de los derechos autorales visuales de las competiciones profesionales futbolísticas, así como el papel del Derecho de la Competencia en el ámbito de los derechos autorales visuales de las competiciones profesionales futbolísticas.

El presente artículo tiene como objetivo analizar la situación actual de la competencia y el papel del Derecho de la Competencia en el ámbito de los derechos autorales visuales de las competiciones profesionales futbolísticas, así como el impacto de la aplicación del Reglamento 1/2003 en este sector. Se abordarán los aspectos de derecho de la competencia aplicables a la explotación de los derechos autorales visuales de las competiciones profesionales futbolísticas, así como el papel del Derecho de la Competencia en el ámbito de los derechos autorales visuales de las competiciones profesionales futbolísticas.

EL DERECHO DE LA COMPETENCIA ANTE EL NUEVO RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA COMERCIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS AUDIOVISUALES DE LAS COMPETICIONES PROFESIONALES FUTBOLÍSTICAS. SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO

Miguel María GARCÍA CABA

Universidad San Pablo-CEU
Liga Nacional de Fútbol Profesional

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Resulta ya casi ocioso manifestar en estas fechas que el fútbol tiende a ocupar uno de los lugares predominantes en la vida económica y social y, evidentemente, un fenómeno de tal dimensión no puede dejar de tener muy estrechas relaciones con todos los sectores de la vida cotidiana y, por tanto, también con el universo jurídico¹. Si se aborda desde este inicial momento la cuestión que conformará las líneas que se suceden a continuación, relativa al nuevo régimen jurídico audiovisual del fútbol profesional español y sus posibles implicaciones con el Derecho de la competencia, se observará que la cuestión objeto de las líneas que se suceden a continuación no puede ser de mayor actualidad².

¹ Así lo pone de manifiesto, con carácter reciente, el preámbulo del Real Decreto-Ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional (BOE núm. 104, de 1 de mayo), cuando significa que «La relevancia social del deporte profesional en España y, concretamente, del fútbol, constituye una evidencia que queda reflejada en los estudios estadísticos y de opinión. De hecho, el fútbol es la disciplina deportiva que cuenta con un mayor número de deportistas federados (855.987 en 2013, lo que representa el 25,2 por 100 del total de licencias federativas), que participan en competiciones oficiales a través de 21.584 clubes deportivos. Pero el interés por el fútbol va más allá de su práctica, como revela el Barómetro del CIS de junio de 2014, que indica que un 48 por 100 de la población se manifiesta interesada en el fútbol, aunque no lo practique». En este sentido, cobran cada vez más fuerza las proféticas manifestaciones de SAGARDOY acerca de que «el mundo del deporte está cada vez más penetrado por los imperativos jurídicos o mejor aún legales» en el inicio del prólogo al primer libro publicado en España referente al Derecho comunitario y al deporte, R. BLANPAIN, «El caso *Bosman* ¿el fin de la era de los traspasos?», Civitas, 1997, p. 11.

² Desde el punto de vista doctrinal todavía son escasos los estudios sobre la materia, si bien cabe destacar el artículo de A. PALOMAR OLMEDA, «La aplicación al ámbito del Deporte de las reglas

Así, el Derecho de la competencia y el deporte, en general, y el fútbol profesional, en particular, están emprendiendo un camino conjunto, abandonando ese endémico complejo de «isla» que ha venido caracterizando al Ordenamiento deportivo, perfectamente definido por autores como CAZORLA PRIETO³, ALONSO OLEA⁴ y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ⁵. En efecto, el cada vez más consolidado concepto de «Derecho del deporte» o de «Derecho deportivo» o de «Derecho del Fútbol», al integrar en su seno acervos de naturaleza jurídica pública y privada e insertarse en diversos ámbitos terri-

del Derecho de la Competencia», en A. PALOMAR OLMEDA (coord.), *El modelo europeo del deporte*, Barcelona, Bosch, 2002, pp. 201-260. Igualmente, conviene citar los siguientes trabajos dedicados a las relaciones entre el Derecho de la competencia y los derechos audiovisuales futbolísticos. Así, siguiendo un orden cronológico en fechas coetáneas, al estudio de PALOMAR OLMEDA, desde la doctrina extranjera destaca el estudio de A. EGGER y C. STIX-HACK, «Sports and Competition Law: A Never Ending Story», publicado en el *European Competition Law Review*, 2002, núm. 2, pp. 81 y ss., así como el artículo de S. WEATHERILL, «Is the Pyramid Compatible with EC Law?», en el *International Sports Law Journal*, vol. 2005, núms. 3-4, pp. 3-7. Con carácter más reciente cabe significar el artículo de J. M. CORTÉS MARTÍN, «Deporte profesional y derecho europeo de la competencia en la Jurisprudencia del TJCE», publicado en la *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 28, 2007, pp. 857-882 y el de J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «Derechos de propiedad en la retransmisión televisada del fútbol», en la obra coordinada por J. C. GARCÍA DE ALBIZU, F. OLEO BANET y A. MARTÍNEZ FLORES, *Estudios de derecho mercantil: En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés*, Civitas-Thomson Reuters, 2010, pp. 139-169. Asimismo, cabe destacar el reciente artículo de L. CAZORLA GONZÁLEZ-SERRANO, «¿Hacia un derecho deportivo de la competencia?», que puede consultarse en <http://luiscazorla.com/2015/04/hacia-un-derecho-deportivo-de-la-competencia> (consulta efectuada en fecha 4 de diciembre de 2015).

³ Cfr. L. M. CAZORLA PRIETO, en *Deporte y Estado*, Labor, 1979. Obra que ha sido reeditada por la editorial Thomson Reuters Aranzadi en el año 2013, junto con un muy interesante estudio de A. PALOMAR OLMEDA. Para CAZORLA PRIETO «el significado que tiene el hecho deportivo no guarda relación con el poco caso que se le ha prestado desde la Sociología, la Política, el Derecho o la Economía». Este autor se quejaba de la falta de análisis y estudios de relevancia y del difícil acceso a la escasa bibliografía existente. La razón que, a su juicio, lo justificaba era el desprecio con que los intelectuales han contemplado el deporte. Véase L. M. CAZORLA PRIETO, *Deporte y Estado*, op. cit., 1979, p. 18. Igualmente, sobre el concepto de Derecho Deportivo o de Derecho del deporte se puede consultar E. GAMERO CASADO, *Fundamentos de Derecho Deportivo*, Madrid, Tecnos, 2012, pp. 59 a 61; L. M. CAZORLA PRIETO, «Reflexiones acerca de la pretensión de autonomía científica del Derecho del deporte», en *Revista española de derecho deportivo*, núm. 1, 1993, pp. 21-25, y J. L. CARRETERO LESTÓN, «Consideraciones históricas sobre la fundamentación del Derecho deportivo», en *Anuario iberoamericano de derecho deportivo*, núm. 1, 2009, pp. 17-35.

⁴ En el mismo sentido ALONSO OLEA escribe: «parece como si la ciencia del Derecho trazara una distinción vaga y no explícita entre temas respetables y temas que no lo son tanto, colocando en el ápice de la respetabilidad, por supuesto, los de Filosofía jurídica aparte, los temas de Derecho civil, en los que hasta el lenguaje quiere participar en un gozoso misterio solo accesible a los iniciados; quizás, dicho sea de paso, sea en el Derecho administrativo contemporáneo donde el observador medianamente atento pueda contemplar mejor el paulatino acceso a la respetabilidad de temas antes no respetables...». Véase M. ALONSO OLEA, en Prólogo al libro *El contrato de trabajo deportivo*, de J. CABRERA BAZÁN, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1961, p. 16.

⁵ Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ después de señalar que el deporte, como fenómeno social de primera significación, ha venido siendo ignorado como objeto de conocimiento científico y, por supuesto, de conocimiento jurídico, escribe que: «El intelectual español, en general, y el jurista en particular no se han dignado descender desde lo alto del pedestal en que ellos mismos han pretendido situarse para estudiar el fenómeno deportivo, al que, al parecer, no reconocen dignidad bastante». Más adelante agrega: «Esta actitud, mezcla de presunción y miopía, carece actualmente de toda justificación. El deporte es un negocio, una empresa, una profesión, un espectáculo, un juego, una diversión e, incluso, un pretexto y un argumento político. Muchas cosas para poder seguir ignorándolas sin daño y, sobre todo, para seguir considerándolas indignas de un trabajo científico». Cfr. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en Prólogo al libro *El ordenamiento jurídico del deporte*, M. C. GONZÁLEZ GRIMALDO, Madrid, Tecnos, 1974, p. 13.

toriales —internacionales, comunitarios, nacionales y autonómicos— ha provocado, está provocando y continuará, sin lugar a dudas, provocando multitud de conflictos jurídicos en el mencionado proceso, tal y como ha destacado FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ y la cuestión relativa al régimen jurídico audiovisual en los clubes de fútbol constituye uno de los principales conflictos jurídicos que se han venido produciendo en las fechas que nos ocupan⁶.

Por todo ello, hablar en las fechas que nos ocupan de televisión, Derecho de la competencia y el fútbol implica, obligatoriamente, abordar, *prima facie*, del ya denominado por algunos como Derecho deportivo de la competencia⁷.

Sin lugar ni temor a la duda, en ese complicado «terreno de juego» que hoy compone, si se nos permite el símil y la licencia de emplear la expresión «Derecho deportivo de la competencia», una de las principales cuestiones a resolver viene dado por el novedoso régimen jurídico aplicable a los derechos audiovisuales en España. Evidentemente, el pasado día 30 de abril se puede significar, sin ambages, que es y será una fecha histórica para el régimen jurídico del fútbol profesional español. En efecto, en dicha fecha, tal y como es un hecho público y notorio, el Consejo de Ministros aprobó el Real Decreto Ley de medidas urgentes en relación

⁶ Dicha integración de Ordenamientos no resulta sencilla, al menos desde un punto de vista estrictamente jurídico, especialmente en lo referente a la actividad futbolística, materia que monopolizará el presente estudio, puesto que constituye un ejemplo paradigmático de esa lucha inheringiana entre los precitados Ordenamientos públicos y privados, y que FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ ha definido, muy gráficamente cuando, afirmó, en relación con los Ordenamientos deportivos que «En todo el mundo está así, está dictado por el Comité Olímpico Internacional, que es más que Dios, y por sus organismos. Eso es como la excomunión en la Edad Media. Te excomulgaban y el Rey ya podía ser Rey, que excomulgado nadie le hacía caso. Si te apartas, eres un apestado. No hay ninguna posibilidad de cambio, pero me preocupa que en nuestro derecho esté penetrando un derecho que es contrario y donde no hay presunción de inocencia». Finaliza diciendo que el dique de los derechos fundamentales solo resiste mediante acuerdos. «Si no se producirá un choque de trenes, donde casi siempre prevalece el derecho deportivo porque no hay gobierno que se resista. No ocurrió así en la sentencia *Bosman*, porque ahí la UEFA chocó contra la Unión Europea, que tenía los mecanismos de montar una competición por su cuenta». Cfr. la noticia publicada el pasado 22 de mayo del 2013 en el *Diario Marca*, con ocasión del discurso del citado autor en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, titulado «De la Sentencia Heras a la Sentencia Contador. Presente y futuro de la Justicia Deportiva».

⁷ A nivel académico se comienza a acuñar la mencionada expresión. Así lo puso de manifiesto, *ad exemplum*, el presidente de la Liga Nacional de Fútbol Profesional el pasado día 4 de febrero, con ocasión de la inauguración de una Jornada jurídica en el seno del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid. Incluso en el reciente I Congreso de la Abogacía Madrileña, celebrado los pasados días 20, 21 y 22 de abril, tuvo lugar una sesión titulada «Derecho de la competencia en el ámbito deportivo. ¿Hacia un Derecho deportivo de la competencia?», que contó con la activa participación de diferentes juristas que reflexionaron sobre la materia. Cfr. <http://www.congresoicam2015.es/modules.php?name=webstructure&idwebstructure=24>, consulta efectuada el 4 de diciembre del 2015. Así, con una habitualidad mucho mayor de la deseada, hoy en día es un hecho público, cotidiano y notorio conversar, por ejemplo, sobre la posible existencia en el seno, especialmente del fútbol profesional, de conductas prohibidas desde el Derecho de la competencia como consecuencia, verbigracia, de la implementación de mecanismos de control económico y supervisión de las entidades futbolísticas, o de la no tramitación de una licencia a un futbolista para participar en las competiciones debido a que su entidad ha superado el límite de coste establecido por el organizador, o del descenso de categoría de un Club por adeudar cantidades económicas al erario público o, por citar el caso más reciente, de la prohibición de la participación de los fondos de inversión en el sector desde el reciente 1 de mayo del 2015.

con la comercialización de los derechos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional (en adelante designado para mejor facilidad como «RDL»)⁸.

El RDL regula la venta centralizada de los derechos de televisión del fútbol profesional⁹, permitiendo, así, tal y como sucede, además, en las grandes ligas de fútbol profesional de nuestro entorno geográfico más cercano, un mecanismo que permitirá una mayor competitividad en los campeonatos españoles y ofrecerá mayores beneficios solidarios, tanto al fútbol aficionado —Segunda B— y femenino, como al resto de deportistas de alto nivel¹⁰. El RDL fue publicado en el *Boletín Oficial del Estado* del día 1 de mayo y convalidado el pasado día 14 de ese mes por parte del Congreso de los Diputados¹¹.

El objeto de las presentes líneas que se suceden a continuación será el de exponer, de forma sucinta, las principales novedades que, desde el punto de vista jurídico, presenta el referido RDL, si bien, en aras a la obligada urgencia y las escasas fechas que han transcurrido desde su aprobación y convalidación, ello se llevará a cabo de forma telegráfica y, principalmente descriptiva, sin poder entrar en un análisis más sosegado y técnico del texto¹². Para dar cumplida respuesta al precitado objetivo se realizará una breve aproximación al régimen jurídico aplicable, ex apartados II y III para, posteriormente, profundizar en las principales cuestiones jurídicas que el referido instrumento legislativo contiene desde el punto de vista del Derecho de la competencia, ex apartado IV. Finalmente, se realizan unas sucintas conclusiones, a la luz de lo dispuesto en los apartados precedentes del artículo, ex apartado V.

⁸ En concreto, en el *BOE* núm. 104, pp. 37989 a 38006, ambas inclusive.

⁹ En lo sucesivo denominada, indistintamente, como «LaLiga» o «LFP».

¹⁰ Así, tal y como se expondrá, el RDL prevé que hasta un máximo del 1,5 por 100 se destinará, principalmente, a mejorar la protección social de determinados colectivos, como deportistas de alto nivel y fútbol no profesional. Estas aportaciones finalistas, que gestionará el Consejo Superior de Deportes, pretenden reforzar el principio de solidaridad en el reparto de los ingresos audiovisuales, canalizando recursos, tanto hacia iniciativas de inserción laboral de los profesionales del fútbol, como hacia otras categorías no profesionales del fútbol y otras disciplinas deportivas con menor capacidad de generar recursos propios. Especialmente deben destacarse el apoyo a la dignificación y consideración del fútbol femenino profesional y la ayuda a los cerca de cuatro mil deportistas que representan a España, deportistas de alto nivel, que hasta ahora no gozaban de protección social.

¹¹ Así se puede inferir de la nota oficial publicada el 30 de abril por el Gobierno luego de la celebración del antes mencionado Consejo de Ministros: «De esta forma, la optimización en el reparto de los derechos audiovisuales propiciará que el fútbol español siga compitiendo con las grandes Ligas europeas y ayudará a que los clubes cumplan con sus obligaciones ante la Agencia Tributaria y la Seguridad Social, respectivamente». Cfr. www.lamoncloa.gob.es, consulta efectuada el 4 de diciembre del 2015.

¹² Pese a las reticencias que ha provocado la aprobación del RDL en algunos sectores, principalmente el federativo y el de los futbolistas que han conducido, incluso, a sendas convocatorias de huelga y de suspensión de las competiciones futbolísticas el pasado 6 de mayo, dejadas sin efecto tras el Auto de la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional del día 14 de los corrientes, el RDL ha perseguido recoger la sensibilidad e inquietudes de todos los agentes que trabajan en el entorno del fútbol, expone parámetros que deben servir para el crecimiento del fútbol español a través de la Real Federación Española de Fútbol, la Liga, los jugadores, tanto de Primera y Segunda División, así como del deportista aficionado, dado que, se ven satisfechas sus cuotas de la Seguridad Social durante su trayectoria deportiva en el alto nivel.

2. LA EXPLOTACIÓN DE LOS DERECHOS AUDIOVISUALES FUTBOLÍSTICOS: UN CONFLICTO ENDÉMICO QUE NECESITABA SOLUCIONES DESDE EL PUNTO DE VISTA JURÍDICO

Avanzando un poco más en la materia que ocupará el grueso de estas líneas, conviene significar que, en relación con los derechos audiovisuales de las competiciones profesionales futbolísticas, no resulta desafortunado manifestar que en España se ha estado en una situación de permanente conflicto, incluso tras la aprobación del RDL, tal y como es un hecho público y notorio en las fechas que nos ocupan¹³.

Ello no es desde luego deseable y menos todavía si se tiene en cuenta que el fútbol español recibía, por la cesión de dichos derechos, cantidades muy inferiores a las que se percibían no solo en Inglaterra o Italia, sino incluso en países en los que este deporte es menos significativo como, por ejemplo, Francia o Alemania¹⁴. En este sentido, la tradicional significación del fútbol como espectáculo de consumo para la industria de la comunicación y del entretenimiento en España y en los países de nuestro entorno ha conferido un creciente significado económico a la retransmisión audiovisual de competiciones futbolísticas. De manera paralela al desarrollo tecnológico, que ha aumentado las posibilidades de explotación de contenidos audiovisuales, los derechos de retransmisión audiovisual de acontecimientos futbolísticos han visto incrementada su importancia estratégica y económica, tanto para los propios clubes de fútbol como para los adquirentes de los mismos¹⁵.

¹³ Nos permitimos emplear metafóricamente, el título del capítulo elaborado por J. PINTÓ SALA y J. CRESPO PÉREZ, en «Los derechos audiovisuales en el deporte profesional. ¿una historia interminable de conflictos?», publicado en el Libro coordinado por A. PALOMAR OLMEDA y R. TEROL GÓMEZ, en *El deporte profesional*, Bosch, 2009, pp. 561 a 600. Como pone de manifiesto el Preámbulo del RDL: «El modelo de comercialización de los derechos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional en España se basa en la autonomía de la voluntad de los agentes intervinientes, que disfrutan de plena autonomía para ordenar sus relaciones comerciales. En este contexto, se ha optado por la venta individualizada por los equipos participantes en las competiciones, reconociéndose así la titularidad del derecho a la retransmisión de cada encuentro de la competición al club local, si bien debiendo contar con el consentimiento del club visitante. Frente a la progresiva implantación de los modelos de venta conjunta en todos los países europeos con competiciones profesionales de fútbol relevantes, el modelo de venta individualizado ha exigido que los equipos y los operadores audiovisuales deban alcanzar acuerdos múltiples para la difusión de los partidos, no siempre compatibles con las reglas del mercado, desiguales en cuanto a la capacidad de negociación de las partes y sometidos a una permanente conflictividad judicial, sin que en la práctica haya existido participación de las entidades organizadoras de las respectivas competiciones. El funcionamiento inestable y fragmentado de este modelo de venta de derechos audiovisuales ha derivado en una debilidad estructural del sistema que explica que la recaudación por esta venta sea sensiblemente inferior a la que correspondería a la competición española por importancia, dimensión e impacto internacional, y que el desequilibrio de ingresos entre los equipos que más y menos reciben sea también el mayor de las ligas de nuestro entorno».

¹⁴ Sobre la cuestión se puede consultar nuestro trabajo, «La necesaria revisión del marco jurídico del deporte profesional», *Revista de la LFP*, diciembre de 2009, pp. 10 a 15.

¹⁵ Son elocuentes las palabras del Preámbulo del RDL al respecto, cuando afirma que: «El acelerado y creciente consumo de los eventos deportivos a través de los medios de comunicación social, en una dimensión que supera ampliamente los mercados nacionales para globalizarse, ha transformado completamente la configuración clásica de las competiciones deportivas oficiales más profesionalizadas, cuya sostenibilidad actual depende del balance entre la correcta gestión de los recursos econó-

Como bien pone de manifiesto PALOMAR OLMEDA, la conexión entre el deporte profesional y el sector audiovisual es, en la actualidad, mucho más intensa que lo era en el año de aprobación de la vigente Ley del Deporte, tanto por las diferentes formas de prestación de los servicios audiovisuales, por la intensidad y la magnitud social de las formas de explotación de aquellos¹⁶.

A ello cabe adicionar que en España, como se analizará, existe un modelo jurídico que no tenía precedente alguno en el derecho comparado: se trata de una venta y comercialización individualizada de los derechos de cada participante. Y uno de los principales problemas que provocaba, sin lugar a dudas, dicha situación conflictiva es que existía un amplio margen de indefinición legal pues la legislación deportiva no contiene, en la actualidad, ninguna determinación explícita que disponga ni dónde ni cómo deben explotarse los derechos audiovisuales de un campeonato profesional¹⁷. En definitiva, gracias al RDL se ha perfeccionado muy satisfactoriamente, el marco jurídico aplicable a la venta de los derechos audiovisuales, evitando la situación anterior de indefinición y dando una solución general compatible con el acervo comunitario vigente.

Tal y como se constata en el apartado IV del Preámbulo del RDL, en principio, la existencia de ineficiencias en un mercado de bienes y servicios constituye un asunto estrictamente privado, cuya solución incumbe a los agentes que operan en el mismo. Cualquier intervención pública debe tener carácter excepcional y justificarse en superiores razones de interés general¹⁸. No obstante lo anterior, en el caso del mercado de derechos audiovi-

micos que atraen en su difusión masiva y su capacidad para mantenerse como un producto atractivo, competitivo y socialmente relevante. En este nuevo esquema, el impacto económico derivado de la comercialización de los derechos audiovisuales de las competiciones profesionales del deporte es, sin duda, el factor singular que con mayor intensidad condiciona las posibilidades de desarrollo de esas competiciones y, al mismo tiempo, el que mejor refleja los desequilibrios de esa dualidad entre lo económico y lo deportivo que las caracteriza».

¹⁶ Véase «Las reformas en el deporte profesional», en *Revista de la LFP*, enero 2010, p. 14. PALOMAR OLMEDA precisa, además, que «El panorama social ha cambiado tan notablemente que la aparición de nuevas modalidades, nuevos operadores, nuevas formas de explotación han transformado el panorama de tal manera que el marco de los noventa es prácticamente ilusorio».

¹⁷ Por otro lado, las difíciles situaciones económicas y financieras por las que atraviesan los clubes los hacían presa fácil de los diversos operadores que, en ejercicio de su legítimo derecho a procurar obtener el producto al mejor precio posible, van ofreciendo anticipos dinerarios que resuelven el problema inmediato y van obteniendo los derechos a precios, probablemente, muy inferiores al de mercado. Es por ello que se precisaba regular, con claridad, tal y como ha realizado el RDL, cómo y dónde deben agruparse los derechos audiovisuales de un campeonato, cuáles son los distintos paquetes que hay que ofrecer al mercado y la obligación para los distintos adquirentes de los paquetes de explotarlos efectivamente o, alternativamente, cederlos. Así lo ponían de manifiesto A. PALOMAR OLMEDA y A. DESCALZO GONZÁLEZ, en su excelente obra *Los derechos de imagen en el deporte profesional*, Dykinson, 2001, especialmente pp. 72 a 106.

¹⁸ Algunos autores han criticado el empleo de la figura del RDL para regular la materia que nos ocupa, dado que se trata de una norma jurídica con rango de ley que emana del poder ejecutivo y es dictada en caso de extraordinaria y urgente necesidad dado que, especialmente, el sistema de reparto establecido por el RDL prevé su entrada en vigor en la temporada 2016/17. Véase, por ejemplo, el artículo de J. M. FRAGUELA, publicado bajo el título «Real Madrid y LaLiga se verán las caras en la Comisión de la Competencia», que se puede consultar en <http://iusport.com/not/8260/real-madrid-y-laliga-se-veran-las-caras-en-la-comision-de-la-competencia/> —consulta efectuada el 4 de diciembre

suales de las competiciones de fútbol profesional, el RDL ha considerado que son tres las razones que legitiman la intervención urgente del Gobierno: por un lado, la indiscutible relevancia social del deporte profesional¹⁹, en segundo lugar, la reiterada y unánime demanda de dicha intervención desde todos los sectores afectados²⁰ y, finalmente, la necesidad de promover la competencia en el mercado de la televisión de pago actuando sobre uno de sus activos esenciales²¹. Tampoco es desdeñable, precisa el Preámbulo del RDL, la contribución del fútbol profesional a la actividad económica y su impacto directo e indirecto en la generación de riqueza y empleo, afectando

del 2015—, si bien, frente a ello, cabe advertir que el propio RDL prevé su aplicación para la temporada 2015/16, tal y como se está llevando a cabo en la fecha actual, por lo que dichos argumentos quedarían desvirtuados.

¹⁹ De acuerdo con el apartado IV del preámbulo: «La relevancia social del deporte profesional en España y, concretamente, del fútbol, constituye una evidencia que queda reflejada en los estudios estadísticos y de opinión. De hecho, el fútbol es la disciplina deportiva que cuenta con un mayor número de deportistas federados (855.987 en 2013, lo que representa el 25,2 por 100 del total de licencias federativas), que participan en competiciones oficiales a través de 21.584 clubes deportivos. Pero el interés por el fútbol va más allá de su práctica, como revela el Barómetro del CIS de junio de 2014, que indica que un 48 por 100 de la población se manifiesta interesada en el fútbol, aunque no lo practique. Curiosamente, cuando se pregunta por la condición de simpatizante con equipos de fútbol profesional, este porcentaje se eleva al 67,4 por 100. Este elevadísimo interés de la sociedad por el fútbol profesional condiciona los hábitos de consumo de la población. De hecho los simpatizantes de los equipos de fútbol profesional confiesan que ven, siempre que pueden, sus partidos por televisión (74,9 por 100), incluso a través de servicios de televisión de pago (15,5 por 100), que asisten a encuentros en directo (32 por 100) y que adquieren productos de uso personal comercializados con la marca de su equipo (30,1 por 100). Estos datos de opinión se ven refrendados por los indicadores de asistentes a los estadios de fútbol y de audiencia televisiva que recoge la Liga Nacional de Fútbol Profesional en sus Memorias anuales. Así, en la temporada 2013/2014, más de 13 millones de personas asistieron a los estadios a presenciar en directo encuentros de la Primera y Segunda División de fútbol, y las audiencias televisivas superaron los 210 millones de espectadores».

²⁰ El apartado IV del Preámbulo continúa significando que: «La segunda razón que justifica la intervención normativa del Gobierno es la dificultad de los operadores para adoptar, por la vía de la autorregulación, un modelo eficiente de gestión de sus derechos audiovisuales. El modelo de venta individual, vigente desde la temporada 1997/1998, ha estado sometido a una permanente revisión por parte de los órganos jurisdiccionales y de las autoridades de competencia españolas ante las diversas y complejas relaciones establecidas entre los múltiples agentes que intervienen en el mercado de las retransmisiones televisivas del fútbol. Estas tensiones se han planteado tanto entre los clubes oferentes, como entre los operadores demandantes de los derechos audiovisuales. Es oportuno recordar la crisis endémica que ha asolado al fútbol profesional históricamente. Los sucesivos «planes de saneamiento» afrontados desde hace décadas no han impedido la periódica liquidación de equipos históricos, el paso por situación concursal de un alto porcentaje de los equipos profesionales, la acumulación de deudas superiores a cuatro mil millones de euros entre los 42 equipos del fútbol profesional al final de la temporada 2011/2012. El fútbol profesional está afrontando un profundo cambio cultural contra esa tendencia histórica sin excepción de pérdidas continuas en la cuenta de resultados. A través de las medidas de control económico y financiero promovidas por el Consejo Superior de Deportes, los dos últimos ejercicios han podido reducir de manera significativa esa deuda, desafiando esta inercia. Pero no sería razonable acometer este esfuerzo sin disponer de la mejor herramienta, extendida en todas las competiciones deportivas profesionales del mundo, como es la venta centralizada de los derechos de televisión».

²¹ Al respecto, dispone que: «La enorme tensión acumulada durante la última década ha impedido que las partes alcanzasen un acuerdo sobre la comercialización conjunta de los derechos audiovisuales y el reparto de estos ingresos, como ocurrió en otras competiciones profesionales en Europa (*Premier League* inglesa y *Bundesliga* alemana) y hubiese sido deseable. [...] Es decir, las dificultades del sector para autorregularse han llevado a los actores a reclamar la actuación urgente del Gobierno, que únicamente accede a intervenir en atención a la dimensión y relevancia social del fútbol profesional en España, facilitando la superación del mayor obstáculo que esta actividad económica y que ocupa al tiempo un lugar importante entre los intereses de muchos ciudadanos pueda desarrollarse con normalidad, como en el resto de los países de nuestro entorno».

a sectores variados como los relacionados con el turismo, la publicidad y el patrocinio, la comercialización de las tecnologías de la comunicación, todos ellos importantes en nuestro país²².

La extraordinaria y urgente necesidad de la intervención deriva, en palabras del RDL, «de la situación contractual de los clubes y entidades participantes en relación con la comercialización de sus derechos audiovisuales. Aunque, como consecuencia de la comercialización individual, los supuestos son diversos, la mayoría de los clubes y entidades participantes en el Campeonato Nacional de Liga ya han suscrito contratos para la comercialización individual de sus derechos hasta la temporada 2015/2016, y deberían concluir las negociaciones del nuevo periodo de venta en 2015. Algunos contratos individuales terminan su vigencia en la temporada 2014/2015 y los clubes correspondientes están en disposición de negociar y suscribir nuevos contratos, que podrían prorrogar su vigencia hasta la temporada 2017/2018. Por otra parte, los derechos de explotación en los mercados internacionales únicamente están comercializados para la temporada 2014/2015»²³. En estas circunstancias, el RDL dispone que «existe la oportunidad de implantar con plenas garantías el sistema de comercialización centralizada de los derechos audiovisuales a partir de la temporada 2016/17, respetando los compromisos contractuales vigentes. Para lograr este objetivo, resulta imprescindible que los nuevos contratos que están negociando las entidades deportivas que aún no los han comercializado en la temporada 2015/2016 tengan una vigencia de una única temporada»²⁴.

Por último, pero no por ello menos importante, el RDL pone de manifiesto que los derechos audiovisuales de las competiciones profesionales futbolísticas constituyen un activo estratégico de primer orden para las empresas que operan en el mercado de la comunicación audiovisual de televisión de pago y, en consecuencia, el sometimiento de su comercialización a un régimen jurídico que garantice el acceso a su explotación en régimen de libre competencia permitirá establecer una base sólida para el desarrollo del mercado de la televisión de pago en España.

²² *Ibid.*

²³ En consecuencia, en este momento, es posible la explotación de los derechos audiovisuales de la temporada en curso (2014/2015) en los mercados nacional e internacional, pero a partir de la temporada 2015/2016 se plantea una situación de incertidumbre, que solo quedaría garantizada mediante la puesta en común de todos los derechos individuales. Especialmente comprometida es la comercialización de los derechos en los mercados internacionales, que resultará prácticamente inviable en las actuales circunstancias, al resultar imposible ofrecer un paquete conjunto a los operadores extranjeros interesados. La cercanía de la siguiente temporada hace que ese producto se devalúe continuamente, y sea sustituido por alternativas competidoras de nuestra Liga de Fútbol. Ninguna fórmula diferente a la venta centralizada permite la comercialización fuera de España, pues de otra manera es casi imposible que un solo agente económico pueda ofrecer a los operadores de los diversos países el producto «Liga Española». La incapacidad del sector para poder propiciar esta comercialización exige una actuación urgente que permita salir al mercado y no seguir perdiendo oportunidades.

²⁴ Puesto que estos nuevos contratos se iban a negociar de inmediato y deberían suscribirse con antelación suficiente respecto al inicio de la próxima temporada (septiembre de 2015), resulta de extraordinaria y urgente necesidad la aprobación de la norma legal que permite la implantación del modelo de explotación y comercialización conjunta y que definitivamente aporte seguridad a todos los operadores y agentes potencialmente implicados.

3. APROXIMACIÓN AL MARCO JURÍDICO GENERAL APLICABLE A LA EXPLOTACIÓN DE LOS DERECHOS AUDIOVISUALES FUTBOLÍSTICOS EN ESPAÑA

A. OBJETIVOS, ÁMBITO DE APLICACIÓN E IMPLANTACIÓN DEL NUEVO SISTEMA

La mejora en la eficiencia derivada de la venta de los derechos audiovisuales mediante el procedimiento de comercialización conjunta previsto en el RDL permitirá estimar un incremento de los ingresos de derechos audiovisuales, a medio plazo, hasta los 1.500 millones de euros en el escenario más positivo²⁵. Tal y como se irá exponiendo en los siguientes apartados, el RDL se cimienta sobre tres elementos fundamentales que son debidamente justificados en el preámbulo del referido instrumento normativo. Por un lado, en primer lugar, se reconoce que los clubes poseen la titularidad de los derechos audiovisuales de retransmisión de los encuentros de las competiciones de fútbol profesional, si bien se establece la obligación de ceder las facultades de su comercialización conjunta a las entidades organizadoras de las mismas (LFP o RFEF, en su caso). Dichas entidades, como se expondrá, se encuentran obligadas a comercializar los derechos cedidos mediante sistemas de adjudicación y explotación que respeten los principios de igualdad y de libertad de empresa, dentro del marco general de las normas nacionales y comunitarias en materia de competencia²⁶.

Por otro lado, en segundo lugar, se consagra un sistema de reparto de los ingresos obtenidos por la comercialización conjunta, introduciendo criterios correctores que limitan las diferencias entre los clubes que mayores y menores ingresos recibirán en cada temporada²⁷. Estos criterios permiten distribuir los ingresos entre la Primera y Segunda División del Fútbol y ponderan la distribución equitativa dentro de cada categoría según los resultados deportivos obtenidos y la implantación social de cada entidad, la recaudación en abonos y taquilla media y la aportación en la

²⁵ La valoración de los ingresos derivados de la comercialización en el mercado nacional se estima entre los 700 millones actuales y los 1.000 millones de euros. La comercialización de los derechos en mercados internacionales, apenas explorada hasta el momento, proporcionaría ingresos de 400-500 millones de euros. En principio, la implantación del nuevo sistema está prevista para la temporada 2016/2017, aunque se prevén mecanismos para su anticipación. Véase la nota oficial del Gobierno publicada tras el acuerdo del Consejo de Ministros, de 30 de abril del 2015 y que se puede consultar en www.lamoncloa.gob.es, consulta efectuada el 4 de diciembre del 2015.

²⁶ A estos efectos, el RDL establece determinados criterios en relación con el procedimiento para la comercialización y adjudicación de los derechos que serán analizados *a posteriori* y reconoce a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia un papel protagonista determinante en la supervisión de los citados procedimientos de contratación conjunta de los derechos audiovisuales.

²⁷ El reparto de los ingresos obtenidos en el Campeonato Nacional de Liga corresponde a la Liga Nacional de Fútbol Profesional, que distribuirá los ingresos obtenidos entre los clubes de Primera y Segunda División (90 y 10 por 100 del total, respectivamente). Una parte importante de estos ingresos se repartirá a partes iguales en cada categoría y el resto, atendiendo a criterios deportivos y de implantación social que serán concretados en cada categoría por los correspondientes órganos de gobierno de cada División. Contribuirá a que el campeonato sea más igualado con una mejor distribución de recursos.

generación de recursos por la comercialización de las retransmisiones televisivas²⁸.

Finalmente, en tercer lugar, cada Club asume diferentes contribuciones obligatorias²⁹ que se establecen para i) el Fondo de Compensación de las entidades que descienden de categoría; ii) las políticas de promoción de la competición profesional y del fútbol aficionado que desarrollan respectivamente la LFP y la RFEF; y iii) como aspecto a destacar, muy especialmente para las políticas del Consejo Superior de Deportes, en apoyo de la Primera División del Fútbol Femenino, la Segunda División B del Campeonato Nacional masculino y las asociaciones de futbolistas, árbitros, entrenadores y preparadores físicos³⁰.

Estas medidas solidarias son exigidas como consecuencia de su existencia en la actividad deportiva, en general y, en el fútbol internacional, en particular, considerándose razonable que la mayor fuente de ingresos del deporte más profesionalizado sirva también para financiar «la base de esa pirámide de la que es la cúspide»³¹. Adicionalmente se recogen en el RDL

²⁸ El preámbulo significa al respecto: «El segundo eje sobre el que pivota el articulado del real decreto-ley es el establecimiento del sistema de reparto de los ingresos obtenidos por la comercialización conjunta, en el que se introducen criterios correctores que limitan las diferencias entre las entidades participantes que mayores y menores ingresos recibirán en cada temporada. Estos criterios permiten distribuir los ingresos entre la Primera y Segunda División del Fútbol y ponderan la distribución equitativa dentro de cada categoría según los resultados deportivos obtenidos y la implantación social de cada entidad participante, medida por la recaudación en abonos y taquilla media y la aportación relativa en la generación de recursos por la comercialización de las retransmisiones televisivas».

²⁹ Cada uno de los clubes y sociedades anónimas deportivas que participan en las competiciones asumen las obligaciones de solidaridad, y deberán contribuir a la mejora de la competición y al fomento del deporte aficionado, en los siguientes términos y cuantías: i) un 3,5 por 100 se destinará a financiar un Fondo de Compensación del que podrán beneficiarse las entidades deportivas que, disputando la competición del fútbol profesional, desciendan de categoría; ii) un 1 por 100 se entregará a la Liga Nacional de Fútbol Profesional para promoción de la competición en los mercados nacional e internacionales y iii) un 1 por 100 se entrega a la Real Federación Española de Fútbol como contribución solidaria al desarrollo del fútbol aficionado. Si la Federación opta por mantener el sistema de explotación de la Copa de S. M. el Rey de las últimas temporadas, recibirá un 2 por 100.

³⁰ Son elocuentes al respecto las justificaciones al efecto establecidas en el preámbulo del RDL: «En tercer lugar, una vez distribuidos los ingresos obtenidos de la comercialización, cada entidad participante debe asumir las contribuciones obligatorias que se establecen para el Fondo de Compensación de las entidades deportivas que, disputando la competición del fútbol profesional, desciendan de categoría; para las políticas de promoción de la competición profesional y del fútbol aficionado que desarrollan respectivamente la Liga Nacional de Fútbol Profesional y la Real Federación Española de Fútbol; y para las políticas del Consejo Superior de Deportes en apoyo de la Primera División del Fútbol Femenino, la Segunda División B del Campeonato Nacional masculino y las asociaciones de futbolistas, árbitros, entrenadores y preparadores físicos».

³¹ Así se expresa en el apartado III del preámbulo en los siguientes términos: «En este sentido, debe recordarse que el sistema deportivo, tributario de la autonomía con la que organizaciones internacionales lo alumbraron del modo que ahora conocemos, y que salvaguardan de manera celosa, es un complejo ecosistema. La existencia de medidas de solidaridad internas, complementaria de las generales de la sociedad, es también un elemento común distintivo de este mundo del deporte. Se da en todas las organizaciones a través de instituciones variadas (derechos de formación, compensaciones a las categorías inferiores, etc.). Es razonable que la mayor fuente de ingresos del deporte más profesionalizado con amplia diferencia sirva también para financiar la base de esa pirámide de la que es la cúspide. Así, el interés general también se encierra en destinar partidas de estos ingresos al fútbol aficionado, al fútbol femenino, cuyo desarrollo es muy inferior por razones históricas que no dejan de contar entre ellas con discriminaciones que reclaman su compensación, a las categorías no profesionales del fútbol de las que se nutren no pocas veces sus plantillas y desde las que ascienden cada año

algunas medidas organizativas y un régimen transitorio que deben asegurar una implantación progresiva y estable de sus contenidos; todo ello completado con la modificación parcial de la Ley General de Comunicación Audiovisual y de la propia Ley del Deporte, algunas otras leyes estrechamente vinculadas con la práctica del fútbol profesional, a las que ulteriormente se aludirá, ex apartado 7 del presente epígrafe³².

Tal y como ya ha sido anticipado previamente, el art. 1.1 del RDL define un doble objetivo perseguido a través de su aprobación. Como ha quedado explicitado, reiteramos, el establecimiento de las normas para la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones futbolísticas correspondientes al Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División, a la Copa de S. M. el Rey y a la Supercopa de España; y los criterios para la distribución de los ingresos obtenidos entre los organizadores y participantes en las referidas competiciones. Deviene de especial importancia la definición, en concreto de qué se entiende por dichos contenidos audiovisuales comprenden e incluyen las siguientes cuestiones, que son definidas en el apartado segundo del referido art. 1.1 del RDL:

- i) los eventos que se desarrollen en el terreno de juego, incluyendo las zonas del recinto visibles desde el mismo, desde los dos minutos anteriores a la hora de inicio del partido hasta el minuto siguiente a su conclusión; así como,
- ii) los derechos para su emisión en directo y en diferido, en su integridad y en versiones resumidas o fragmentadas destinados a su explotación en el mercado nacional e internacional. Todo ello se entiende sin perjuicio, además, de lo previsto en relación con la emisión de breves resúmenes informativos, ex art. 19.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual³³.

el 20 por 100 de los equipos de la Segunda División profesional, o al resto de modalidades deportivas y deportistas que enriquecen la imagen de nuestro país y ofrecen a nuestros ciudadanos su entrega y sus victorias, y que muy generalizadamente acaban sus carreras deportivas sin haber podido siquiera comenzar su carrera como cotizantes».

³² Se establece un procedimiento para garantizar la explotación no exclusiva de los derechos para el mercado nacional de los partidos del Campeonato Nacional de Liga de Primera División destinados a la televisión de pago, atendiendo al carácter esencial de estos contenidos para este mercado, así como para el mercado conexo de los servicios de comunicaciones electrónicas, cuya comercialización se realiza de manera habitual de forma empaquetada. Asimismo, se modifica la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual para ajustar el tiempo de los resúmenes deportivos que pueden incluirse en los espacios informativos de carácter general a los últimos criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se modifica también la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, con el fin de reforzar los sistemas de control económico y financiero de las Sociedades Anónimas Deportivas, así como para evitar la utilización de estas con fines que puedan afectar al equilibrio financiero de la competición y de las entidades que en él participan.

³³ El referido artículo señala en su nueva redacción que «3. El derecho de emisión en exclusiva no puede limitar el derecho a la información de los ciudadanos. Los prestadores del servicio de comunicación audiovisual que hayan contratado en exclusiva la emisión de un acontecimiento de interés general para la sociedad deben permitir a los restantes prestadores la emisión de un breve resumen informativo en condiciones razonables, objetivas y no discriminatorias. Este servicio se utilizará únicamente para programas de información general y solo podrá utilizarse en los servicios de comunicación audiovisual a petición si el mismo prestador del servicio de comunicación ofrece el mismo programa en diferido. No será exigible contraprestación alguna cuando el resumen informativo sobre un acontecimiento de interés general para la sociedad se emita en un momento de máxima audiencia y no se utilice para fines de explotación económica».

No obstante lo anterior, aun por sorprendente que ello pueda parecer a simple vista, el RDL excluye expresamente de su ámbito de aplicación los derechos de explotación de contenidos para su emisión a través de los servicios de comunicación audiovisual radiofónica. De acuerdo con lo significado en la disposición transitoria primera del RDL, a partir de su entrada en vigor, que tuvo lugar el pasado día 4 de mayo, ningún club o entidad participante en una competición oficial de fútbol profesional podrá suscribir contratos individuales de comercialización de derechos audiovisuales, salvo que obtenga la autorización de la entidad comercializadora y su duración no se extienda más allá de la fecha de expiración del último contrato individual en vigor³⁴. El sistema de comercialización conjunta deviene aplicable, según dispone el apartado segundo de la referida disposición transitoria, a partir de la temporada en la que expire la vigencia del último contrato de explotación de derechos audiovisuales que hubiese suscrito individualmente un club o entidad que participe en la competición³⁵.

A tal efecto, el apartado tercero de la reiterada disposición transitoria primera dispone que la LFP y, en su caso, la RFEF, podrán negociar con los adjudicatarios de la explotación y comercialización de los derechos audiovisuales de la competición la resolución anticipada de los contratos, garantizando a los clubes y sociedades anónimas deportivas que los hubieran vendido el importe íntegro de la contraprestación acordada. Esta resolución anticipada en ningún caso podrá suponer un perjuicio para los intereses de los acreedores de los clubes y sociedades anónimas deportivas que hubieran vendido sus derechos³⁶.

B. REFERENCIA A LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS AUDIOVISUALES

Sin lugar ni temor a la duda, la cuestión de la titularidad de los derechos audiovisuales de las competiciones profesionales futbolísticas siempre ha sido objeto de debate, ante la indefinición al respecto existente en nuestro

tecimiento, conjunto unitario de acontecimientos o competición deportiva se emita en un informativo de carácter general, en diferido y con una duración inferior a noventa segundos. La excepción de contraprestación no incluye, sin embargo, los gastos necesarios para facilitar la elaboración del resumen informativo. Durante la emisión del resumen deberá garantizarse la aparición permanente del logotipo o marca comercial de la entidad organizadora y del patrocinador principal de la competición».

³⁴ Así, la disposición final cuarta dispone que «Este real decreto-ley entrará en vigor el día siguiente al de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*».

³⁵ Las entidades deportivas que los hubieran comercializado ya, podrán pedir a LaLiga que los incluya en la comercialización conjunta, asumiendo dichas entidades las obligaciones o indemnizaciones que pudieran surgir frente a las entidades que hubieran adquirido esos derechos. Asimismo, se prevé que, cuando los derechos audiovisuales de una temporada no hayan sido comercializados individualmente por, al menos, el 80 por 100 de los participantes en el Campeonato Nacional de Liga, la Liga Nacional de Fútbol Profesional podrá proceder a la comercialización conjunta de los derechos no vendidos individualmente.

³⁶ Particularmente, en caso de existir embargos de créditos, efectos, valores y derechos tanto de la Hacienda Pública como de la Tesorería General de la Seguridad Social, la Liga y, en su caso, la RFEF, en proporción al importe comercializado por cada una de estas dos entidades deberán ingresar, en el momento de resolución anticipada de los contratos, el importe total de las deudas incluidas en los embargos citados.

Ordenamiento jurídico³⁷. Así, la única previsión que al respecto contenía la legislación deportiva estatal venía establecida en la disposición transitoria de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte, que encomendaba dicha gestión a la Liga Nacional de Fútbol Profesional hasta la extinción del Plan de Saneamiento, si bien seguía reconociéndose, al menos de forma tácita, que dicha titularidad residía en los Clubes/SAD³⁸.

Todo ello sin perjuicio, además, de que, la propia RFEF, en el art. 198 de su Reglamento General se auto-atribuye que, en relación con la transmisión televisada de partidos, la titularidad de los derechos de televisión «que emanan de las competiciones oficiales de ámbito estatal, por lo que la transmisión televisada de partidos, ya sea en directo o en diferido, total o parcial, precisará autorización de la RFEF»³⁹. Si bien, se precisa —acto seguido— que «Tratándose de encuentros en que participen clubs adscritos a la LNFP se estará, en su caso, a lo dispuesto en el convenio suscrito entre ambos organismos»⁴⁰.

El RDL, tal y como se deja significado en el Preámbulo, consagra y ratifica que dicha titularidad de los derechos audiovisuales reside en los clubes o entidades participantes en la correspondiente competición⁴¹. Asimismo cabe adicionar que la disposición derogatoria única, apartado *b*) prevé la derogación expresa de la disposición adicional cuarta del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Es-

³⁷ Sobre la cuestión resulta de obligada consulta, *in toto*, el minucioso estudio de A. CAMPS I POVILL, «Las competiciones deportivas. Aspectos jurídicos», en la obra dirigida por A. PALOMAR OLMEDA, *Factbook. Manual de gestión de federaciones deportivas*, Aranzadi, 2006, pp. 75 a 116. Igualmente resulta de obligada consulta las obras de J. CUCHI DENIA, *La distribución de competencias deportivas en España*, Barcelona, Bosch, 2005; I. AGUIRREAZKUÉNAGA, *Intervención pública en el deporte*, Civitas, 1998, pp. 278 y ss.; L. M. CAZORLA PRIETO y otros, *Derecho del deporte*, *op. cit.* Madrid, 1992, pp. 300 y ss., y G. SIMON, *Puissance sportive et ordre juridique étatique*, Paris, LGDJ, 1990, pp. 26-30.

³⁸ Dicha disposición transitoria tercera, en su apartado segundo se refiere a la cuestión en los siguientes términos: «2. Durante el periodo de vigencia del convenio y hasta la total extinción de la deuda, la Liga Profesional percibirá y gestionará los siguientes derechos económicos: a) Los que, por todos los conceptos, generen las retransmisiones por televisión de las competiciones organizadas por la propia Liga, por sí misma o en colaboración con otras asociaciones de Clubes. b) Los correspondientes al patrocinio genérico de dichas competiciones. c) El uno por ciento de la recaudación íntegra de las Apuestas Deportivas del Estado reconocido por la legislación vigente a favor de la Liga Profesional [...]».

³⁹ De forma similar a lo establecido por la FIFA, ex art. 78 de sus Estatutos cuando dispone: «1. La FIFA, sus miembros y las confederaciones son los propietarios primigenios de todos los derechos de competiciones y otros actos que emanan de sus respectivas jurisdicciones, sin ninguna restricción en lo que respecta al contenido, el tiempo, el lugar o la legislación. Estos derechos incluyen, entre otros, todo tipo de derecho patrimonial, derechos de inscripción, de reproducción y difusiones audiovisuales, derechos multimedia, derechos promocionales y mercadotécnicos, así como derechos incorpóreos como el nombre y los derechos sobre las marcas distintivas y los derechos de autor. 2. El Comité Ejecutivo decide cómo y hasta qué punto se ejercen estos derechos, y elabora una reglamentación especial con esta finalidad. El Comité Ejecutivo decide por sí solo si ejerce exclusivamente estos derechos, o si lo hace conjuntamente con un tercero o enteramente a través de un tercero». Véase http://www.fifa.com/mm/document/AFFederation/Generic/02/14/97/88/FIFAStatuten2013_S_Spanish.pdf, consulta efectuada el 4 de diciembre del 2015.

⁴⁰ Cfr. dicho artículo que puede consultarse en <http://www.rfef.es/normativas-sanciones/reglamentos>, consulta efectuada el 4 de diciembre del 2015.

⁴¹ El apartado primero del art. 3 así lo dispone de forma expresa en los siguientes términos: «1. La titularidad de los derechos audiovisuales incluidos en el ámbito de aplicación de esta ley corresponde a los clubes o entidades participantes en la correspondiente competición».

pañolas y Registro de Asociaciones Deportivas, dedicada a la venta internacional de los derechos audiovisuales de las competiciones profesionales futbolísticas y que exigía la autorización previa de la RFEF⁴².

Sin perjuicio del mencionado reconocimiento de la titularidad sobre los derechos audiovisuales por parte de los clubes, se establece que las entidades participantes en la competición deben, de forma imperativa, cederlos a la entidad organizadora de la competición futbolística profesional. Asimismo, tal y como ha sido ya anticipado, los derechos audiovisuales no incluidos en el ámbito de aplicación del RDL pueden ser explotados y comercializados individualmente por los clubes o entidades participantes, directamente o a través de terceros⁴³. Empero, con independencia de la mencionada cesión de los derechos audiovisuales, el Club se reserva la explotación de diferentes derechos de emisión en diferido o en directo de los partidos. Así, cabe precisar que el Club en cuyo estadio se dispute el partido en cuestión se reserva los siguientes derechos, de acuerdo con lo previsto en el art. 2.3 del RDL:

- a) La emisión en diferido del encuentro a partir de la finalización de la jornada, siempre que lo haga directamente a través de un canal de distribución propio dedicado temáticamente a la actividad deportiva del club o entidad participante⁴⁴.
- b) La emisión en directo, dentro de las instalaciones, de la señal audiovisual televisiva correspondiente a dicho acontecimiento⁴⁵.

Así, por un lado, el apartado 3 a) del art. 2 del RDL reserva la explotación de los derechos de emisión en diferido del encuentro a partir de la fina-

⁴² Dicha disposición es del siguiente tenor literal: «La venta fuera del territorio nacional de los derechos de retransmisión televisada de las competiciones oficiales de carácter profesional, requerirá autorización de la Federación Deportiva Española correspondiente».

⁴³ Cabe recordar que el art. 1.1 del RDL dispone que: «El objeto de este real decreto-ley es establecer las normas para la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de competiciones futbolísticas correspondientes al Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División, a la Copa de S. M. el Rey y a la Supercopa de España, así como los criterios para la distribución de los ingresos obtenidos entre los organizadores y participantes en las mismas. Dichos contenidos audiovisuales comprenden los eventos que se desarrollen en el terreno de juego, incluyendo las zonas del recinto deportivo visibles desde el mismo, desde los dos minutos anteriores a la hora prevista para el inicio del acontecimiento deportivo hasta el minuto siguiente a su conclusión, e incluyen los derechos para su emisión tanto en directo como en diferido, en su integridad y en versiones resumidas o fragmentadas, destinados a su explotación en el mercado nacional y en los mercados internacionales».

⁴⁴ Cabe precisar que la CNMC, en su informe de fecha 10 de diciembre del 2014 ya criticó esta cuestión al manifestar que: «Esta limitación obliga a los clubes a detentar un canal temático para poder comercializar un derecho que expresamente se les reconoce. Así, debería suprimirse dicha condición pudiendo los clubes comercializar de la manera que consideren adecuada aquellos derechos que no han sido cedidos a las entidades organizadoras».

⁴⁵ Así lo expone en los siguientes términos: «3. Sin perjuicio de las facultades de las entidades comercializadoras, el club o entidad en cuyas instalaciones se dispute un acontecimiento deportivo de las competiciones a que se refiere el art. 1 se reservará la explotación de los siguientes derechos: a) La emisión en diferido del encuentro a partir de la finalización de la jornada deportiva, siempre que lo haga directamente a través de un canal de distribución propio dedicado temáticamente a la actividad deportiva del club o entidad participante. b) La emisión en directo, dentro de las instalaciones en las que se desarrolle el acontecimiento deportivo, de la señal audiovisual televisiva correspondiente a dicho acontecimiento».

lización de la jornada deportiva, siempre que lo haga directamente a través de un canal de distribución propio dedicado temáticamente a la actividad deportiva del club⁴⁶. No obstante lo anterior, el RDL considera que, a los propios efectos previstos en la referida legislación y en el propio instrumento ahora analizado, tienen la consideración de entidad organizadora i) la Liga Nacional de Fútbol Profesional, respecto del Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División y ii) la Real Federación Española de Fútbol, respecto de la Copa de S. M. el Rey y de la Supercopa de España⁴⁷.

Finalmente, cabe tener en consideración especial que el art. 3 del RDL impone un deber de colaboración en la producción y transporte de los contenidos audiovisuales. Así, se establece que los Clubes en cuyas instalaciones se celebren acontecimientos deportivos incluidos dentro del ámbito de aplicación del RDL deberán prestar su plena colaboración con la entidad o entidades encargadas de la producción y el transporte de los contenidos audiovisuales para el adecuado desarrollo de sus funciones, sin que en ningún caso puedan reclamar contraprestación o compensación por los eventuales gastos ordinarios que se deriven de la utilización del recinto deportivo o sus instalaciones para dichas funciones⁴⁸.

C. LAS CONDICIONES DE LA COMERCIALIZACIÓN CONJUNTA DE LOS DERECHOS AUDIOVISUALES

El art. 4 del RDL establece las diferentes condiciones de comercialización y explotación conjunta de los derechos audiovisuales, que se regirá por el principio de libertad de empresa dentro del marco del sistema de evaluación establecido por la normativa europea y española de la competencia⁴⁹.

⁴⁶ En este sentido, cabe destacar que, de acuerdo con lo previsto en el régimen jurídico de la *Lex* deportiva estatal, única y exclusivamente han sido calificadas, por parte de la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes, como competiciones profesionales futbolísticas, las relativas a los Campeonatos Nacionales de Liga de Primera y Segunda división (conocidas comercialmente como «Liga BBVA» y «Liga Adelante», respectivamente). El art. 41.4 a) de la Ley del Deporte, entre las competencias materiales de las ligas dispone que «Son competencias de las Ligas profesionales además de las que pueda delegarles la Federación deportiva española correspondiente, las siguientes: a) Organizar sus propias competiciones, en coordinación con la respectiva Federación deportiva española y de acuerdo con los criterios que, en garantía exclusiva de los compromisos nacionales o internacionales, pueda establecer el Consejo Superior de Deportes...». En concreto la calificación de las competiciones profesionales viene establecida en la disposición adicional 6.ª del Real Decreto 1251/1999, de 16 de julio, cuando afirma que «A efectos de lo previsto en las disposiciones adicionales y transitorias de la Ley del Deporte, son competiciones de carácter profesional y ámbito estatal, las actualmente existentes en las modalidades deportivas de fútbol y baloncesto: Primera y segunda división A de fútbol. Primera división masculina de baloncesto, denominada liga ACB».

⁴⁷ Todo ello será analizado, con mayor detenimiento, en el apartado relativo a los criterios de reparto en las mencionadas competiciones futbolísticas.

⁴⁸ Así, en el apartado segundo del art. 3 del RDL se dispone que, en todo caso, «la producción y el transporte de los contenidos audiovisuales deberá realizarse de forma que no se vean afectados ni el desarrollo del propio acontecimiento deportivo, ni la explotación por el club o entidad participante de los derechos a que se refiere el apartado 2 del art. 2, ni cualquier otra actividad comercial que se desarrolle en el recinto deportivo o en sus instalaciones».

⁴⁹ Así, la disposición derogatoria única del RDL, apartado a) deroga el art. 21 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual que disponía que: «1. El establecimiento del sistema de adquisición y explotación de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolís-

A tal efecto, se prevé que la comercialización de los derechos audiovisuales en los mercados nacional y comunitario podrá realizarse en régimen de explotación exclusiva o no exclusiva, incluyendo aquellas modalidades de comercialización no exclusiva en igualdad de condiciones a todos los operadores interesados⁵⁰. Al respecto, el apartado tercero del art. 4 del RDL dispone que las entidades comercializadoras establecerán y harán públicas las condiciones generales que regirán la comercialización de dichos derechos incluyendo la configuración de las ofertas para su explotación en los mercados nacional y comunitario, sus agrupaciones en lotes y los requisitos para su adjudicación y explotación⁵¹.

Las condiciones de comercialización de los derechos audiovisuales en los mercados internacionales se harán públicas y se someterán al informe previo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Cabe precisar, tal y como ha sido anticipado y a pesar de la crítica de la CNMC que el Informe no es calificado como vinculante a los efectos previstos en el RDL⁵².

En consecuencia, tras la entrada en vigor del RDL, la función de la CNMC en el procedimiento de comercialización de los derechos audiovisuales en competiciones deportivas se ha quedado limitada a una función estrictamente de control y supervisión en la medida en que i) se concreta la intervención de la CNMC a la emisión de informe sobre las condiciones de comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales y ii) se deroga la obligación de que los prestadores del servicio de comunicación se ajusten a los términos de los pronunciamientos que dicten las autoridades europeas y nacionales en materia de competencia.

En efecto, el art. 3 del RDL establece que la explotación y comercialización de los derechos audiovisuales corresponde a la LNFP y a la RFEF y que, en el procedimiento de adjudicación de los derechos audiovisuales, debe ajustarse a criterios objetivos que respeten el principio de transparencia y no discriminación. La CNMC emitirá informe previo sobre las condiciones que establezca la LNFP. Es decir, el RDL no le atribuye carácter

ticas españolas regulares se regirá por el principio de libertad de empresa dentro del marco del sistema de evaluación establecido por la normativa europea y española de la competencia. Los contratos de adquisición de los derechos de las competiciones futbolísticas no podrán exceder de 4 años. Los contratos vigentes desde la entrada en vigor de la presente Ley, permanecerán válidos hasta su finalización. 2. La venta a los prestadores del servicio de comunicación audiovisual de los derechos citados en el apartado anterior deberá realizarse en condiciones de transparencia, objetividad, no discriminación y respeto a las reglas de la competencia, en los términos establecidos por los distintos pronunciamientos que, en cada momento, realicen las autoridades españolas y europeas de la competencia».

⁵⁰ Véanse apartados primero y segundo del art. 4 del RDL.

⁵¹ No obstante, se precisa que dichas condiciones y requisitos deberán respetar, en todo caso, los límites y principios establecidos en el RDL.

⁵² De conformidad con la Ley 3/2013, con carácter general, la CNMC tiene atribuidas dos tipos de funciones: la función de defensa y promoción efectiva de los mercados y sectores productivos (art. 5) y la función de supervisión y control de alguno de los mercados, entre los que se encuentra, el audiovisual (art. 9). En particular y, a los efectos que interesan, la CNMC tiene atribuida la función de «controlar el cumplimiento de las obligaciones y los límites impuestos para la contratación en exclusiva de contenidos audiovisuales, la emisión de contenidos incluidos en el catálogo de acontecimientos de interés general y la compraventa de los derechos exclusivos en las competiciones futbolísticas españolas regulares» (art. 9.7).

vinculante a dicho informe, ni tampoco determinante, ni otorga a la CNMC competencia para autorizar el procedimiento de comercialización o para dictar un acto de carácter obligacional sobre la idoneidad de las condiciones de tal comercialización. Esta circunstancia es reconocida por la propia CNMC en el Informe emitido con fecha de 10 de diciembre 2014 con ocasión del proyecto del RDL⁵³.

En la redacción final del art. 3.4 del RDL, se ha desoído la sugerencia de la CNMC y no incorpora ninguna mención expresa sobre el carácter vinculante de este informe, que resulta, en consecuencia, no vinculante. De hecho, este carácter no vinculante del Informe (y, sobre todo, las consecuencias que se derivan de tal circunstancia) se ve reforzado por la Disposición derogatoria única del RDL que deroga, a su vez, el art. 21 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual⁵⁴.

La entidad comercializadora ofrecerá a través de la *web* información actualizada sobre los contratos de comercialización vigentes, ex apartado quinto del referido art. 4 del RDL. Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio y el resto de normativa de competencia, con carácter previo a la aprobación de dichas condiciones, las entidades comercializadoras deberán solicitar, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la elaboración de un informe sobre las citadas condiciones de comercialización de derechos⁵⁵. A los efectos de la determinación de las condiciones de comercialización centralizada de derechos, el art. 4.4 del RDL prevé el preceptivo cumplimiento de las siguientes cuestiones:

- se debe concretar el alcance de los lotes de derechos objeto de comercialización, señalando, en particular, los contenidos incluidos en cada lote, el ámbito geográfico para su explotación, si se destinan a su emisión en abierto o en codificado y los que serán objeto de explotación exclusiva o no exclusiva.
- se debe garantizar la comercialización de los derechos correspondientes a los acontecimientos de interés general para la sociedad, ex art. 20 y la disposición transitoria 6.^a de la Ley 7/2010, de 31 de marzo⁵⁶.

⁵³ En particular, en el Informe, la CNMC observaba, desde un punto de vista crítico, el hecho de que el informe que regula el art. 3.4 del RDL no tuviera carácter vinculante. En concreto, dicho informe se pronuncia en los siguientes términos: «Para asegurar que la intervención de la CNMC que contempla el PRDL sea eficaz y prevenga la generación de problemas de competencia en la implementación efectiva del sistema de venta centralizada, sería necesario reforzar el grado de vinculación que cabe atribuir a los informes que el PRDL contempla que serán evacuados por la CNMC, en especial en base al art. 3. El informe contemplado en este artículo debería ser vinculante».

⁵⁴ Dicho artículo es el precedente de la regulación de la compraventa de derechos exclusivos de las competiciones futbolísticas españolas regulares y establecía, al igual que el RD-Ley 5/2015, la obligación de que la comercialización de los derechos audiovisuales debía ajustarse a los principios de transparencia, objetividad, no discriminación y competencia y, además, apostillaba de forma expresa que debía ajustarse a «los términos establecidos por los distintos pronunciamientos que, en cada comentario, realicen las autoridades españolas y europeas de la competencia».

⁵⁵ Se prevé, igualmente, que dicho informe será elaborado en el plazo de un mes desde que fuera solicitado.

⁵⁶ Cabe recordar que el art. 20 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo presenta el siguiente tenor literal: «1. El Consejo Estatal de Medios Audiovisuales debe fijar mediante decisión motivada un

- se debe precisar la fecha y horario de celebración de cada uno los eventos comercializados o las condiciones que permitan su determinación a los adjudicatarios.
- la adjudicación de los derechos se realizará mediante un procedimiento público, transparente, competitivo y sin discriminación de licitadores, basado en criterios objetivos⁵⁷.
- la adjudicación de cada lote o paquete se realizará de manera independiente⁵⁸.
- la duración de los contratos de comercialización no podrá exceder de tres años⁵⁹.
- una misma persona o entidad no podrá ser titular o adquirir de manera directa o indirecta derechos exclusivos de explotación en el mercado nacional de contenidos correspondientes a más de dos paquetes o lotes⁶⁰.
- las entidades comercializadoras comercializarán los derechos que gestionen con la suficiente antelación para que su explotación se lleve a cabo de una manera adecuada.

Igualmente, es preciso tener en consideración que la disposición adicional segunda del RDL, bajo el epígrafe «Servicios de comunicación audiovisual televisiva de pago», establece que, en el caso de que una única persona o entidad adquiera los derechos exclusivos para la emisión en di-

catálogo con vigencia bienal donde se recojan los acontecimientos de interés general para la sociedad que han de emitirse por televisión en abierto y con cobertura estatal. Al hacerlo, se determinará también si los acontecimientos deben ser transmitidos total o parcialmente en directo, o en caso necesario, por razones de interés público, total o parcialmente en diferido. Los acontecimientos de interés general para la sociedad que pueden incluirse en el citado catálogo habrán de escogerse del siguiente elenco: *a)* Los juegos olímpicos de invierno y de verano. *b)* Los partidos oficiales de la selección española absoluta de fútbol y de baloncesto. *c)* Las semifinales y la final de la Eurocopa de fútbol y del Mundial de fútbol. *d)* La final de la *Champions League* de fútbol y de la Copa del Rey de fútbol. *e)* Un partido por jornada de la Liga Profesional de Fútbol de la Primera División, designado por esta con una antelación mínima de 10 días. *f)* Grandes Premios de automovilismo que se celebren en España. *g)* Grandes Premios de motociclismo que se celebren en España. *h)* Participación de la Selección Española Absoluta en los Campeonatos de Europa y del Mundo de balonmano. *i)* La Vuelta Ciclista a España. *j)* El Campeonato del Mundo de ciclismo. *k)* La participación española en la Copa Davis de tenis. *l)* La participación de tenistas españoles en las semifinales y la final de *Roland Garros*. *m)* Participación española en los Campeonatos del Mundo y Europa de atletismo y natación. *n)* Grandes premios o competiciones nacionales e internacionales que se celebren en España y cuenten con subvención pública estatal o autonómica. Excepcionalmente y por mayoría de dos tercios, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales podrá incluir dentro del catálogo otros acontecimientos que considere de interés general para la sociedad. El catálogo y las medidas para su ejecución han de ser notificados por el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales a la Comisión Europea».

⁵⁷ Entre dichos criterios deberán figurar, principalmente, la rentabilidad económica de la oferta, el interés deportivo de la competición, y el crecimiento y el valor futuro de los derechos audiovisuales que pueda aportar el adjudicatario.

⁵⁸ Las condiciones de adjudicación establecidas por las entidades comercializadoras y las ofertas presentadas por los licitadores no podrán estar condicionadas a la adquisición de determinados paquetes o lotes o a la concurrencia de determinados eventos.

⁵⁹ De conformidad con lo interesado por la CNMC en su informe, de fecha 10 de diciembre del 2014.

⁶⁰ Bien sea en el proceso de licitación o en un momento posterior mediante adquisición o cesión de derechos adquiridos por terceros, salvo que en algún lote o paquete no existieran licitadores o adquirentes u otras ofertas económicamente equivalentes.

recto de los partidos de fútbol correspondientes al Campeonato Nacional de Liga de Primera División, a través de servicios de comunicación audiovisual televisiva de pago, para el ámbito nacional, deberá ofrecer con la suficiente antelación a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual televisiva de pago que lo soliciten el acceso, al menos, a una señal básica de dichos contenidos, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias⁶¹.

Finalmente, el apartado sexto del art. 4 establece que si alguno de los adjudicatarios no explotase los derechos audiovisuales, las entidades comercializadoras podrán resolver el contrato y adjudicarlo a otro licitador, sin perjuicio de las estipulaciones acordadas. Asimismo, se prevé que los derechos audiovisuales que no sean objeto de comercialización conjunta podrán ser explotados y comercializados individualmente por los clubes o entidades participantes, directamente o a través de terceros⁶².

D. LOS CRITERIOS DE REPARTO DE LOS INGRESOS OBTENIDOS POR LA EXPLOTACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN CONJUNTA DE LOS DERECHOS AUDIOVISUALES

a) *Previo*

El art. 5 del RDL establece la regulación de los criterios de reparto de los ingresos entre los participantes en el Campeonato Nacional de Liga provenientes de los ingresos obtenidos por la explotación y comercialización conjunta de los derechos audiovisuales de las referidas competiciones⁶³. Igualmente, el art. 8 establece diferentes especialidades en la comercialización y reparto de los derechos audiovisuales de la Copa de S. M. el Rey y de la Supercopa. Por otro lado, cabe tener igualmente en consideración, en relación con el reparto de ingresos, las garantías al efecto fijadas en la disposición transitoria segunda del RDL para los Clubes afiliados a la LFP. Todo ello es objeto de análisis detallado a continuación.

⁶¹ La referida disposición adicional segunda del RDL dispone que «Las partes negociarán libremente los acuerdos del y sus condiciones, incluidas las contraprestaciones económicas. Asimismo se establece la posibilidad para que cualquiera de las partes presente un conflicto sobre el acceso y sus condiciones ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, la cual, previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo indicado en la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva».

⁶² Véase apartado séptimo del art. 4 del RDL.

⁶³ De conformidad con lo establecido en el art. 5.6 del RDL, la liquidación de las cantidades que correspondan a cada club en contraprestación por la comercialización de sus derechos audiovisuales se realizará por temporadas, antes de la conclusión del año natural en que se inicie cada una. Los ascensos y descensos de categoría al final de una temporada no afectarán a la liquidación correspondiente a la misma y solo tendrán efectos a partir de la siguiente.

b) *Los criterios de reparto de los ingresos en las Ligas BBVA y Adelante*

En relación con los criterios de reparto de los ingresos obtenidos por la explotación y comercialización conjunta de los derechos audiovisuales de las competiciones de primera y segunda división, se fija, *prima facie*, como norma general, que el 90 por 100 de los ingresos se asignará a los clubes y entidades participantes en la Primera División y el 10 por 100 restante a los clubes y entidades de la Segunda División, ex art. 5.2 del RDL. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 5.3 del RDL, LaLiga debe distribuir las cantidades correspondientes a cada División conforme a los criterios que se acuerden a través de los órganos correspondientes que posteriormente se analizarán, respetando, en todo caso, las siguientes reglas y límites:

- Un porcentaje se distribuye entre los participantes de cada categoría a partes iguales, siendo del 50 por 100 en la Primera División y, al menos, el 70 por 100 en la Segunda División.
- Cada mitad de la cantidad restante se distribuye entre los Clubes de forma variable, atendiendo a los resultados deportivos y a la implantación social de la siguiente forma:
 - En relación con los resultados deportivos⁶⁴, en Primera División se toman los de las cinco últimas temporadas, ponderándose los obtenidos en la última un 35 por 100, en la penúltima un 20 por 100 y un 15 por 100 cada una de la tres anteriores. En la Segunda División, solo se tendrá en cuenta la última temporada⁶⁵.
 - En relación con la implantación social, un tercio de la valoración se determina por la recaudación en abonos y taquilla media de las últimas cinco temporadas y los otros dos tercios por la participación en la generación de recursos por la comercialización de las retransmisiones televisivas. No obstante, en el propio art. 5.3.b) 1.º del RDL se establece que ningún Club puede recibir una cantidad superior al 20 por 100 ni inferior al 2 por 100 de esta partida⁶⁶.

La aprobación de los mencionados criterios se prevé en el art. 5.4 del RDL, llevándose a cabo por parte de los órganos de gobierno de cada categoría, luego de la suscripción de cada contrato de comercialización de

⁶⁴ Para la aplicación de estos criterios, la cantidad a distribuir se asignará a cada una de las temporadas consideradas, conforme a los criterios de ponderación establecidos en el párrafo anterior.

⁶⁵ La cuantía asignada a cada temporada se distribuye entre los clubes del siguiente modo: 1.º clasificado: 17 por 100; 2.º clasificado: 15 por 100; 3.º clasificado: 13 por 100; 4.º clasificado: 11 por 100; 5.º clasificado: 9 por 100; 6.º clasificado: 7 por 100; 7.º clasificado: 5 por 100; 8.º clasificado: 3,5 por 100; 9.º clasificado: 3 por 100; 10.º clasificado: 2,75 por 100; 11.º clasificado: 2,5 por 100; 12.º clasificado: 2,25 por 100; 13.º clasificado: 2 por 100; 14.º clasificado: 1,75 por 100; 15.º clasificado: 1,5 por 100; 16.º clasificado: 1,25 por 100; 17.º clasificado: 1 por 100; 18.º clasificado: 0,75 por 100; 19.º clasificado: 0,5 por 100 y 20.º clasificado: 0,25 por 100. Véase art. 5.3 b) 1.º *in fine* del RDL. En caso de que la competición cuente con más o menos de 20 participantes, estos porcentajes deberán ajustarse respetando la progresividad en función de los resultados.

⁶⁶ En el supuesto de que supere este límite, el exceso se repartirá proporcionalmente entre los restantes.

derechos por parte de LaLiga y mediante una mayoría cualificada de dos tercios⁶⁷.

Tanto para la Liga BBVA como para la Liga Adelante, una vez realizado el reparto de las cantidades correspondientes, de acuerdo con los criterios antes significados, la diferencia entre los Clubes que más y menos ingresen no podrá ser superior a 4,5 veces⁶⁸. Igualmente, se prevé que en la medida en que el reparto total supere los 1.000 millones de euros, esa diferencia irá disminuyendo progresivamente hasta un máximo de 3,5 veces, que se alcanzaría con un ingreso igual o superior a mil quinientos millones de euros⁶⁹.

c) *Los criterios de reparto de los ingresos en la Copa de S. M. el Rey y la Supercopa*

El art. 8 del RDL, tal y como ha sido anticipado, prevé los criterios de reparto de los ingresos en la Copa de S. M. el Rey y la Supercopa. En este sentido, se establece que la RFEF podrá comercializar directamente los derechos audiovisuales de la Copa de S. M. el Rey y de la Supercopa de España, de conformidad con las condiciones de la comercialización conjunta de los derechos audiovisuales previstas en el art. 4 del RDL, previamente mencionadas⁷⁰. En este sentido el mencionado art. 8 del RDL prevé que la RFEF repartirá los ingresos que obtenga de la comercialización de estos derechos conforme a los siguientes criterios:

- El 90 por 100 se destinará a los equipos de la Liga Nacional de Fútbol Profesional y se asignarán de conformidad con las reglas previstas en el art. 5, descritas en el apartado anterior⁷¹.
- El 10 por 100 restante se destinará a la promoción del fútbol aficionado y a los equipos de otras categorías que participen en la competición⁷².

⁶⁷ Todo ello, de conformidad con lo previsto, igualmente, en el art. 7, dedicado al órgano de control de la gestión de los derechos audiovisuales de la Liga Nacional de Fútbol Profesional. Si en la reunión convocada al efecto ninguna propuesta consiguiera esa mayoría después de tres votaciones, se mantendrán los criterios del anterior periodo. Si no existieran, los criterios de reparto serán decididos por el Consejo Superior de Deportes.

⁶⁸ De acuerdo con lo dispuesto en el art. 5.5 del RDL, si se diese esta circunstancia, se disminuirá proporcionalmente la cuota de todas las entidades en lo preciso para acrecer las que lo necesitaran para llegar a esa diferencia máxima.

⁶⁹ En ambos casos, se computarán para la verificación del cumplimiento de estos límites tanto las cantidades que pudieran percibirse del Fondo de Compensación previsto en la letra a) del art. 6.1, como los ingresos que las entidades participantes reciban de los adjudicatarios de la explotación exclusiva de derechos audiovisuales como contraprestación de cualquier otra relación comercial.

⁷⁰ Véanse apartado 3 precedente del presente epígrafe.

⁷¹ A efectos de la aplicación del criterio 1.º de la letra b) del art. 5.3 del RDL, se tomarán en consideración únicamente a las entidades que disputen la ronda de octavos de final de la competición durante las cinco últimas temporadas, con la siguiente ponderación: Campeón, 22 por 100; Subcampeón, 16 por 100; Semifinalistas, 9 por 100, Cuartos de Final, 6 por 100, Octavos de Final, 2,5 por 100.

⁷² En cualquier caso, el apartado tercero del art. 8 del RDL dispone que la RFEF destinará íntegramente los ingresos obtenidos de la comercialización y explotación de estos derechos audiovisuales al fomento del fútbol aficionado.

Alternativamente, el apartado segundo del art. 8 del RDL dispone que la RFEF podrá encomendar la comercialización de estos derechos a la Liga, respetando las siguientes reglas:

- Se excluyen de esta encomienda el partido final de la Copa de S. M. el Rey y la Supercopa de España, comercializados o explotados directamente por la RFEF.
- La RFEF recibiría de la LFP, como contraprestación, la cantidad mayor entre el 1 por 100 de los ingresos totales obtenidos por la comercialización conjunta de los derechos audiovisuales del Campeonato Nacional de Liga o diez millones de euros actualizados.
- La RFEF no estará obligada a compensar económicamente a ninguno de los equipos del fútbol profesional y destinará el porcentaje de la contraprestación recibida que determine su Asamblea General a las entidades participantes de las categorías no profesionales que disputen la Copa de S. M. el Rey.
- La Liga repartiría los ingresos que obtenga de la comercialización entre sus afiliados, de conformidad con las reglas ya referenciadas en el apartado precedente y aplicando los criterios deportivos antes citados⁷³.
- Las entidades que participen en el Campeonato Nacional de Liga deberán contribuir a los gastos de promoción de la competición, de conformidad con lo establecido en el art. 6⁷⁴.

d) *La garantía del nivel de ingresos de los participantes en el Campeonato Nacional de Liga*

El apartado primero de la disposición transitoria segunda del RDL dispone que, durante las seis primeras temporadas posteriores a la puesta en funcionamiento del sistema de comercialización conjunta de los derechos audiovisuales, se garantiza el nivel de ingresos de los Clubes en el Campeonato Nacional de Liga en los siguientes supuestos y términos:

- Si la cantidad disponible para el reparto, ex art. 5.1 del RDL, fuera inferior a la suma de los ingresos obtenidos por todos los participantes por la comercialización individual de los derechos audiovisuales en la temporada 2014/2015, no serán de aplicación ni los criterios de reparto previstos, ni los límites del art. 5 antes citado y la cantidad correspondiente a cada participante resultará de reducir la cuantía que recibió cada uno en aquella temporada de forma proporcional a la disminución de los ingresos totales recaudados.
- Si la cantidad disponible para el reparto entre los clubes fuera superior a la suma de los ingresos obtenidos por todos los participantes

⁷³ Que son los siguientes, recordemos, el 90 por 100 para el fútbol profesional y 10 por 100 para el resto del fútbol aficionado.

⁷⁴ Véase al respecto el apartado siguiente del presente artículo sobre los mecanismos de solidaridad previstos en el RDL.

por la comercialización individual de los derechos audiovisuales en la temporada 2014/2015, pero por aplicación de los criterios de reparto la cantidad correspondiente a alguno de los clubes fuese inferior a la efectivamente ingresada por ese club o entidad en esa temporada, no serán de aplicación los límites del art. 5.5 y se reducirán los importes a percibir por los clubes o entidades con saldos positivos de forma proporcional a su participación en el incremento global de ingresos⁷⁵.

Dicha verificación corresponderá al órgano de gestión previsto en el art. 7 que, ulteriormente se expondrá, ex apartado 6.

E. LOS MECANISMOS DE SOLIDARIDAD. ESPECIAL REFERENCIA AL PAGO DE LAS DEUDAS CON LA AGENCIA ESTATAL DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA Y LA TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Tal y como ya ha sido apuntado, se prevé en el RDL la implantación de mecanismos de solidaridad entre los ingresos generados por la comercialización de los derechos audiovisuales de las competiciones profesionales futbolísticas a repartir, tanto al fútbol aficionado, como a otros deportes, al objeto de mejorar la promoción y funcionamiento de la competición y contribuir al fomento del deporte en general. Así, el art. 6 del RDL, dedicado a las obligaciones de las entidades participantes en el Campeonato Nacional de Liga, impone a los Clubes el cumplimiento anual de las siguientes obligaciones en proporción a los ingresos que obtengan por la comercialización conjunta de los derechos audiovisuales:

1. Un 3,5 por 100 se destina a financiar un Fondo de Compensación del que podrán beneficiarse las entidades deportivas que desciendan de categoría⁷⁶.
2. Un 1 por 100 se entrega a la LFP, que lo destina exclusivamente a la promoción de la competición profesional en los mercados nacional e internacional.
3. Un 1 por 100 se entrega a la RFEF, como contribución solidaria al desarrollo del fútbol aficionado⁷⁷.
4. Hasta un 1 por 100 se entrega al Consejo Superior de Deportes, que lo destina a financiar los costes de los sistemas públicos de

⁷⁵ Las cantidades así reducidas acrecerán los importes de los clubes y entidades con saldos negativos hasta alcanzar el 100 por 100 del importe de los ingresos obtenidos en la temporada 2014/2015 por cada uno de ellos.

⁷⁶ El 90 por 100 de esta cantidad se destinará a los equipos que desciendan de Primera división, y el 10 por 100 restantes a los que desciendan de Segunda División. En caso de comercialización conjunta, el reparto se realizará con las siguientes especialidades en la aplicación del criterio de los resultados deportivos, ex art. 8.2 d) del RDL: «1.º El 22 por 100 se asignará en función de los resultados deportivos en el Campeonato Nacional de Liga, conforme a las reglas previstas en el propio artículo. 2.º El 3 por 100 restante se asignará en función de los resultados deportivos en la Copa del Rey, conforme a los criterios previstos en el apartado 1 de este artículo».

⁷⁷ Esa cantidad podrá incrementarse en el marco del convenio de coordinación que imperativamente deben suscribir la RFEF y la LFP y al que se refiere el art. 28 del Real Decreto 1835/1991, de 20 de diciembre, sobre Federaciones Deportivas Españolas y Registro de Asociaciones Deportivas.

protección social que correspondan a los trabajadores que tengan la condición de deportista de alto nivel y para quienes el deporte constituya su actividad principal y, en su caso, los convenios especiales que permitan su inclusión en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos⁷⁸.

5. Hasta un 0,5 por 100 se entrega al Consejo Superior de Deportes, que lo destina, en la cuantía y los términos que reglamentariamente se establezcan, a las siguientes finalidades, por el siguiente orden de preferencia: i) en primer lugar, a las entidades que participen en la Primera División de Fútbol femenino⁷⁹; ii) en segundo lugar, a las entidades que participen en la Segunda División B del Campeonato Nacional de Liga⁸⁰ y, en tercer lugar, a las asociaciones o sindicatos de futbolistas, árbitros, entrenadores y preparadores físicos⁸¹.

Especial interés reviste la cuestión relacionada con el pago de las deudas líquidas, vencidas y exigibles a la Agencia Estatal de Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social, dado que, de acuerdo con el art. 6.2 del RDL tendrán un carácter preferente con respecto al cumplimiento de las obligaciones anteriormente enunciadas⁸².

En este sentido, la disposición adicional primera del RDL prevé el pago de las deudas con las Administraciones Públicas, de forma detallada, estableciendo, con carácter general, que la Liga podrá utilizar todos los derechos cuya comercialización tiene legalmente cedida como garantía para acceder a financiación con la exclusiva finalidad de facilitar a los Clubes recursos para saldar sus deudas con las Administraciones Públicas⁸³. No obstante lo anterior, en tanto no se haya efectuado la referida cancelación del importe íntegro de las deudas con la financiación obtenida, la Liga asegurará que el sistema de reparto que se acuerde no significa un menoscabo

⁷⁸ En función de la cuantía y los términos que reglamentariamente se establezcan. Asimismo, se prevé que dichas cantidades «podrán destinarse a financiar ayudas a deportistas que participen en competiciones internacionales».

⁷⁹ Todo ello para financiar el pago de las cuotas empresariales correspondientes a la contratación de deportistas y entrenadores incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, así como a las deportistas y entrenadores para financiar el pago de las cuotas del trabajador.

⁸⁰ Con la finalidad de financiar el pago de las cuotas empresariales correspondientes a la contratación de deportistas y entrenadores incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social, así como a las deportistas y entrenadores para financiar el pago de las cuotas del trabajador.

⁸¹ De acuerdo con el número de licencias que ostente cada una en las categorías nacionales. Igualmente, se precisa que cuando dentro de un mismo colectivo existiesen varias asociaciones o sindicatos, se asignarán las cantidades en función de su representatividad acreditada. Adicionalmente, se prevé que el Consejo Superior de Deportes podrá suscribir convenios con esas asociaciones para que los recursos obtenidos se empleen en facilitar la inserción en el mercado de trabajo de esos deportistas cuando finalice su dedicación al fútbol, así como a financiar sus gastos de funcionamiento.

⁸² Dicho precepto dispone que «2. El pago de las deudas líquidas, vencidas y exigibles a la Agencia Estatal de Administración Tributaria y a la Tesorería General de la Seguridad Social tendrá carácter preferente al cumplimiento de las obligaciones previstas en el apartado anterior».

⁸³ De esta forma, se prevé en el apartado primero de la referida disposición adicional primera del RDL que «La Liga Nacional de Fútbol Profesional deberá repercutir sobre cada entidad participante cuyas deudas hayan sido canceladas, total o parcialmente, con estos recursos financieros el importe correspondiente, garantizándose la devolución del mismo».

de los derechos y garantías que ostentan tanto la Hacienda Pública como la Tesorería de la Seguridad Social en relación con su situación en fecha inmediatamente anterior a la promulgación del RDL⁸⁴.

A tal efecto, el apartado segundo de la disposición adicional primera del RDL establece que, en ningún caso, este sistema de reparto podrá significar una merma en los derechos y garantías de las deudas con la Hacienda Pública y con la Tesorería General de la Seguridad Social que mantienen los Clubes de Fútbol y Sociedades deportivas titulares de los derechos⁸⁵. De ser necesaria la formalización de nuevas garantías, la Liga Nacional de Fútbol Profesional y la Real Federación Española de Fútbol, como entidades comercializadoras, se subrogarán en la obligación de formalizarlas por parte del deudor y responderán de la constitución de las mismas⁸⁶.

F. EL ÓRGANO DE CONTROL DE LA GESTIÓN DE LOS DERECHOS AUDIOVISUALES

Tanto el art. 7 del RDL, en relación con los derechos audiovisuales de las Ligas BBVA y Adelante, respectivamente, como el art. 8, dedicado a la Copa de S. M. el Rey y la Supercopa, establecen la regulación de los diferentes Órganos de control de la gestión de los derechos audiovisuales.

⁸⁴ Así se expresa de forma literal, el último párrafo del referido apartado de la disposición adicional primera del RDL: «En tanto no se haya efectuado la referida cancelación del importe íntegro de las deudas con la financiación obtenida conforme al párrafo anterior, la Liga Nacional de Fútbol Profesional asegurará que el sistema de reparto finalmente acordado no significa un menoscabo de los derechos y garantías que ostentan tanto la Hacienda Pública como la Tesorería de la Seguridad Social en relación con su situación en fecha inmediatamente anterior a la promulgación del presente real decreto-ley».

⁸⁵ De esta forma se prevé la plena vigencia de todos los embargos, medidas cautelares, garantías o cualesquiera otras afecciones en virtud de los compromisos adquiridos por acuerdos de aplazamientos o fraccionamientos, suspensiones, acuerdos generales o singulares suscritos en el marco de un proceso concursal que recaigan sobre los derechos presentes y futuros a los que se refiere el RDL; todo ello hasta la completa cancelación de las deudas cuyo pago garantizan, ex apartado segundo de la referida disposición adicional primera del RDL.

⁸⁶ Particularmente, en el caso de existir pignoración, garantía válidamente constituida o por constituir, o embargo que tengan por objeto derechos audiovisuales o créditos, efectos y valores de cualquier tipo constituidos sobre ellos, así como de existir acuerdos generales o singulares de pago suscritos en el marco de un proceso concursal, tanto de la Hacienda Pública como de la Tesorería de la Seguridad Social, se prevé en el citado apartado segundo de la disposición adicional primera del RDL que la LFP y, en su caso, la RFEF responderán solidariamente del ingreso de las deudas tributarias hasta la completa satisfacción de la contraprestación en su día acordada, y lo harán en las mismas condiciones materiales y temporales en las que dicha satisfacción quedaba asegurada por la pignoración, garantía, embargo, acuerdo o cualquier otra afección, originariamente constituida. Las actuaciones de la Administración tributaria podrán entenderse directamente con el responsable, al que será exigible la deuda tributaria, sin que sea necesario el acto administrativo previo de derivación de responsabilidad, previsto en el art. 41.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria. Dicho precepto dispone que «5. Salvo que una norma con rango de Ley disponga otra cosa, la derivación de la acción administrativa para exigir el pago de la deuda tributaria a los responsables requerirá un acto administrativo en el que, previa audiencia al interesado, se declare la responsabilidad y se determine su alcance y extensión, de conformidad con lo previsto en los arts. 174 a 176 de esta Ley. Con anterioridad a esta declaración, la Administración competente podrá adoptar medidas cautelares del art. 81 de esta Ley y realizar actuaciones de investigación con las facultades previstas en los arts. 142 y 162 de esta Ley. La derivación de la acción administrativa a los responsables subsidiarios requerirá la previa declaración de fallido del deudor principal y de los responsables solidarios».

En relación con los derechos audiovisuales de las Ligas BBVA y Adelante, se establece la obligatoriedad de constituir, en el seno de la LFP, un órgano de control de la gestión de los derechos audiovisuales, con las siguientes competencias materiales:

1. Gestión de la comercialización y explotación de los derechos audiovisuales, con respeto a las normas estatutarias y reglamentarias.
2. Propuesta a los órganos de gobierno de la Liga de las decisiones sobre los criterios de reparto⁸⁷.
3. Control, revisión y auditoría de la gestión comercial y de los resultados económicos derivados de la explotación y comercialización conjunta de los derechos audiovisuales, acordando cuantas medidas considere oportunas en orden a facilitar a las entidades participantes conocer, con total transparencia, la totalidad de datos relativos tanto a dicha comercialización y resultados económicos, como a la totalidad de los datos utilizados para la obtención de las cantidades que a cada entidad participante corresponde percibir por cada uno de los conceptos.
4. Establecer el patrón para la producción y realización de la grabación audiovisual de las competiciones oficiales de carácter profesional que asegure un estilo común que fomente la integridad de la competición, el cumplimiento de la reglamentación vigente sobre la celebración de los partidos y el valor del producto.
5. Determinar las cantidades que corresponda percibir a cada entidad participante por la comercialización de los derechos audiovisuales⁸⁸.
6. Obtener y verificar los datos necesarios para valorar la implantación social de los Clubes y cualquier otro que resulte necesario para poder determinar los ingresos que a cada una corresponde percibir de las partidas variables.
7. Publicar a través de la *web*, antes de la conclusión del año natural en que haya comenzado cada temporada, los criterios de reparto de los ingresos audiovisuales, las cantidades que correspondan a cada entidad participante y las cantidades aportadas⁸⁹.
8. Cualquier otra que le venga atribuida por el RDL o que le sea delegada por los órganos correspondientes de la LFP.

En cuanto a su composición, el apartado segundo del art. 8 dispone que se renovará cada temporada y estará integrado por los siguientes miembros⁹⁰: i) los dos clubes o sociedades anónimas deportivas que más ingresos

⁸⁷ Cfr. art. 5 del RDL.

⁸⁸ Véase los criterios establecidos en el art. 5 del RDL.

⁸⁹ Todo ello en cumplimiento de las obligaciones previstas en el art. 6.1 del RDL.

⁹⁰ De conformidad con el apartado cuarto del art. 8 del RDL, los miembros de este órgano de control deberán comunicar al Presidente de la Liga cualquier situación de conflicto de interés, directo o indirecto, que pudieran tener para el ejercicio de sus funciones. En todo caso, se entenderá que existe conflicto de intereses cuando concurren en el miembro del órgano los motivos previstos en el art. 28.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. Se prevé, así, que el miembro afectado se abstendrá de inter-

hayan recibido por derechos audiovisuales derivados del ámbito nacional en los últimos cinco años; ii) dos clubes o sociedades anónimas deportivas de Primera División, distintos de los anteriores, elegidos en votación por los equipos de esa categoría; iii) un club de la Segunda División elegido por los clubes o sociedades anónimas deportivas de esa categoría; iv) el presidente de la Liga, cuyo voto dirimirá los eventuales empates en las votaciones. En aplicación de lo anterior, el Órgano de Control se constituyó con fecha 3 de junio de 2015 y está compuesto por los siguientes clubes y sociedades anónimas deportivas, además del Presidente de La Liga: Real Madrid C.F.; F.C. Barcelona; Club Atlético de Madrid, S.A.D.; Levante U.D., S.A.D.; C.D. Numancia, S.A.D.⁹¹

Asimismo, tanto el Consejo Superior de Deportes como la RFEF serán convocados a las reuniones de este órgano, pudiendo participar con voz pero sin voto. Igualmente, serán convocados a las reuniones, pudiendo participar con voz pero sin voto, la Agencia Estatal de Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social, como acreedores públicos, en tanto alguno de los Clubes tengan importes pendiente de pago ante alguna de las citadas administraciones⁹².

4. EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LA EXPLOTACIÓN DE LOS DERECHOS AUDIOVISUALES FUTBOLÍSTICOS EN ESPAÑA DESDE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA. SITUACIÓN ACTUAL Y PERSPECTIVAS DE FUTURO⁹³

A. LA PARTICIPACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA DURANTE LA TRAMITACIÓN Y ENTRADA EN VIGOR DEL RDL

a) *Previo*

Durante la tramitación del RDL y con posterioridad a la entrada en vigor del mismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

venir en los acuerdos u operaciones a que el conflicto se refiera y, en caso de no hacerlo, podrá ser recusado, sin perjuicio de las responsabilidades en que pudiera incurrir.

⁹¹ De conformidad con los acuerdos adoptados por las respectivas Juntas de división de LaLiga en esa fecha.

⁹² Cfr. art. 7.3 del RDL. Finalmente, en relación con la Copa de S. M. el Rey y la Supercopa, se prevé en el art. 8.1 del RDL que, en el seno de la Real Federación Española de Fútbol, se constituirá un órgano de gestión de la misma composición que el establecido para las Ligas BBVA y Adelante, empero, con las siguientes especialidades: i) el presidente de la Liga será sustituido por el presidente de la RFEF y será miembro del órgano un club de la Segunda División B, elegido por los clubes o sociedades anónimas deportivas de esa categoría.

⁹³ Sobre los derechos audiovisuales futbolísticos y sus relaciones con el Derecho de la competencia cabe citar, sin un ánimo exhaustivo los siguientes estudios. En primer lugar, debe citarse el artículo: «El fútbol, la televisión y... las normas de la competencia» de A. GUERRA FERNÁNDEZ, publicado en la versión de este *Anuario* del año 2002, pp. 301-326, así como el artículo de DIEZ ESTELLA, F. «Los derechos de retransmisión de partidos de fútbol desde la perspectiva "antitrust"», en este mismo *Anuario*, año 2006, pp. 289-320. Igualmente, cabe citar el estudio «La explotación de los derechos audiovisuales en el fútbol y el Derecho de la competencia: la intervención de la Comisión Europea», de

(«CNMC») tuvo ocasión de pronunciarse sobre el contenido del Proyecto del RDL, mediante su informe de fecha 10 de diciembre del 2014. Igualmente, con fecha 28 de mayo del 2015, la CNMC hizo pública una nota de prensa en la que expresaba su parecer sobre la normativa de cita reiterada, una vez aprobada por el Consejo de Ministros y ulteriormente convalidada por el Congreso de los Diputados. Igualmente, mediante su informe, de fecha 3 de julio del 2015, se ha pronunciado sobre la propuesta de LaLiga de condiciones para la comercialización centralizada de los derechos audiovisuales de campeonato nacional de fútbol en las temporadas 2015/2016 a 2017/2018. De acuerdo con lo antes citado, resulta conveniente exponer, desde un punto de vista genérico, cuál ha sido el contenido principal de las intervenciones realizadas por el precitado ente administrativo en relación con la comercialización de los derechos audiovisuales de las competiciones profesionales futbolísticas antes enunciadas.

b) *El Informe de la CNMC, de fecha 10 de diciembre del 2014, sobre el proyecto de RDL*

La CNMC, en su reunión de 10 de diciembre de 2014, aprobó el «Informe relativo al Proyecto de Real Decreto-Ley de medidas urgentes en relación con la explotación y comercialización de los derechos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional», en el que se analizan las implicaciones del mismo desde el punto de vista de la competencia efectiva en los mercados y la regulación económica eficiente⁹⁴. Así, expone, *prima facie*, que existen dos principales modelos de comercialización de los derechos audiovisuales futbolísticos. Por un lado, estaría la negociación individualizada, también llamado derecho de arena, que consiste en que cada club vende los derechos de los partidos que disputa como local. Por otro

M.^a Luisa FERNÁNDEZ ESTEBAN, publicado en la obra *Derecho de la competencia europeo y español: curso de iniciación*, L. ORTIZ BLANCO, S. COHEN, y A. SEQUEROS (coords.), vol. 5, 2004, pp. 231-246; y E. VALPUESTA GASTAMINZA, «Cesión de derechos de retransmisión televisiva de partidos de fútbol y Derecho de la competencia: la STS (Sala de lo contencioso-administrativo, sec. 3.º) de 9 junio de 2003», *Revista jurídica de deporte y entretenimiento: deportes, juegos de azar, entretenimiento y música*, núm. 11, 2004, pp. 277-287. Por otro lado, con carácter más reciente se puede consultar M. GOYOS, «Comentario a la Sentencia de la sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 6 de junio de 2014, sobre los contratos de adquisición de derechos audiovisuales de clubes de fútbol desde el punto de vista del Derecho de la competencia», en *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, ISSN 2171-5556, núm. 45, 2014, pp. 345-352; M. LÓPEZ GARCÍA, «El fútbol por televisión: titularidades sobre su difusión audiovisual, libre competencia y derechos del público», en *Revista española de derecho deportivo*, núm. 24, 2, 2009, pp. 11-44. En escasas fechas se ha publicado, igualmente, el interesante artículo de S. MOYA IZQUIERDO, «La venta centralizada de derechos de retransmisión de fútbol y el Derecho de la competencia», en *Revista Aranzadi de derecho de deporte y entretenimiento*, núm. 48, 2015, pp. 231-256.

⁹⁴ La solicitud de informe tuvo entrada en la CNMC el 21 de noviembre de 2014. El Informe se puede consultar en http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/notasdeprensa/2015/PROMOCION/IPN_CNMC_0001_14_Derechos_Futbol.PDF, consulta efectuada el 4 de diciembre del 2015. La CNMC valora positivamente en su Informe haber sido consultada en la fase de tramitación previa a la aprobación de la norma, especialmente tratándose de un Real Decreto Ley de medidas urgentes, si bien recuerda que ejerce su función consultiva y no la de persecución de conductas anticompetitivas o de supervisión y control del correcto funcionamiento del mercado de comunicación audiovisual.

lado, estaría la venta centralizada o conjunta de los derechos, de forma que los clubes encomiendan normalmente a las asociaciones organizadoras de los campeonatos el mandato de venderlos⁹⁵.

Entrando en el fondo del asunto, la CNMC reconoce que se opta por un modelo de venta centralizada, similar al analizado por otras autoridades de competencia en varias ocasiones, e instaurado por vía legislativa en Italia, lo que supone de principio, como se indicó en la conclusión novena del Informe sobre la competencia en los mercados de adquisición y explotación de derechos audiovisuales de fútbol en España del año 2008, un acuerdo horizontal entre competidores con el principal efecto de fijar el precio, prohibido bajo los arts. 101.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 1.1 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia⁹⁶.

A pesar de estos riesgos, la CNMC reconoce que aproximación que han venido realizando las autoridades de competencia europeas a la posibilidad de venta conjunta de derechos ha sido, en principio, favorable a su admisibilidad⁹⁷, si bien precisa que podría entenderse que una opción más favorable a la competencia en la venta de derechos es el sistema de derecho de arena puro. Sin embargo, también se ha considerado que la implementación de un sistema de venta individualizada puede, en determinadas circunstancias, contribuir a generar conflictos entre los distintos adquirentes o a propiciar acuerdos entre los mismos, lo que ha exigido una intervención

⁹⁵ El modelo español actual consistiría, precisa la CNMC, en un modelo con derecho de arena modificado, es decir, la titularidad del derecho corresponde al equipo local si bien, para su comercialización y explotación se requiere el consentimiento del equipo visitante, *ibid*.

⁹⁶ Cfr. *Informe sobre la competencia en los mercados de adquisición y explotación de derechos audiovisuales de fútbol en España*, 2008, CNC. El Informe se puede consultar en http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Promocion/Informes_y_Estudios_Sectoriales/2008/futbol.pdf —consulta efectuada el 4 de diciembre del 2015—. No obstante lo anterior, la CNMC entiende que, este sistema posee determinadas eficiencias que lo pueden hacer exceptuable, ex arts. 101.3 y 1.3 de la precitada normativa, respectivamente, siempre que «i) pudiese determinarse que supone una mejora de eficiencia, ii) ofrezca ganancias en el bienestar del consumidor y iii) no imponga a los operadores restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos perseguidos. La CNMC precisa que las distintas Decisiones adoptadas por las Instituciones comunitarias han manifestado que el modelo de venta conjunta presenta riesgos, tales como un posible efecto de cierre, si la entidad vendedora vende todos los derechos a un único operador aguas abajo en un determinado ámbito territorial; un peligro de restricciones en la explotación de los activos, si la entidad vendedora impide la retransmisión de todos los partidos para los cuales existiría demanda, o cuando otorga acceso preferencial a la explotación de los derechos a través de ciertos canales, con el objeto de proteger su valor económico, a costa de disminuir las posibilidades de explotación a través de otras plataformas. Por ejemplo, los derechos de emisión a través de televisión en relación con los derechos de retransmisión a través de Internet y telefonía móvil», *ibid*.

⁹⁷ La CNMC se refiere a la Decisión de la Comisión de 22 de marzo de 2006 que autoriza el sistema de venta conjunta de derechos audiovisuales de la *Premier League* inglesa, la Decisión de la Comisión de 19 de enero de 2005 que autoriza el sistema de venta conjunta de la *Bundesliga* alemana y la Decisión de la Comisión, de 23 de julio de 2003, relativa a un procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el art. 81 del Tratado CE y en el art. 53 del Acuerdo EEE. Así, afirma que la Comisión ha señalado distintos argumentos a favor de la misma, entre otros: i) salvaguardar una oferta de mayor calidad y variedad que mejore el bienestar del consumidor; ii) mejorar el valor de producto final y iii) lograr mejoras de eficiencia por la reducción de costes de transacción. No obstante, la CNMC recuerda con carácter general que la existencia de potenciales efectos positivos que compensen la restricción a la competencia debe demostrarse, ya que se parte de una regla general de prohibición derivada de la normativa de competencia citada. Cfr. *Informe sobre la competencia*, *op. cit.*

ex post de las autoridades de competencia en los últimos años en numerosas ocasiones⁹⁸.

El sistema que se propone en el RDL, afirma la CNMC, crea un único punto de venta que permite que los clubes se coordinen en la venta de derechos. A pesar de su naturaleza, se han destacado algunas virtudes de este tipo de sistemas que convendría fuesen evaluadas desde los principios de necesidad y proporcionalidad. En este sentido, en relación con la generación de eficiencias, la CNMC manifiesta que en distintas decisiones de la Comisión Europea se alude a que la creación de un único punto de venta contribuye a reducir los costes de transacción y a generar eficiencias⁹⁹.

Por otro lado, en relación con la comercialización de una marca y creación de un producto campeonato, tal y como se ha alegado en varias decisiones de la Comisión Europea, y en varios expedientes de la CNC, ello constituye un factor relevante. Mediante un sistema de venta centralizada, puede facilitarse la comercialización de una marca común y su distribución. A su vez, en esta línea argumental, si se considera que la liga es un producto común, centrado en la competición en agregado, y no en los equipos individuales de forma singular, los consumidores pueden estar interesados en seguir la competición en conjunto más que a un equipo en concreto. En este sentido, facilitar la creación de un «producto liga» y un «producto copa» a través de un sistema de venta centralizada puede resultar eficiente¹⁰⁰.

Asimismo, la CNMC manifiesta que otra de las razones que suelen alegarse para argumentar en defensa de la venta centralizada es que contribuye al balance competitivo entre equipos y eso genera una liga más atractiva. Mediante un sistema de venta centralizada, los equipos venden de forma conjunta sus derechos y después distribuyen una porción de forma igualitaria. Así, mediante esta redistribución, se garantiza un mínimo de ingresos a los equipos peor posicionados, contribuyendo en último término a evitar que algún equipo pueda quebrar y dejar el campeonato. El valor agregado de la competición se reduciría si algún equipo quebrase o dejase la liga,

⁹⁸ Esta intervención puede generar ineficiencias y un coste en términos de conflictividad soportada por los agentes del mercado, los usuarios finales y la propia CNMC elevados, *ibid*.

⁹⁹ Véase *Informe relativo al Proyecto de Real Decreto-Ley*, *op. cit.* Ello es justificado por parte de la CNC dado que reduce los costes de transacción para adquirir derechos, puesto que los operadores que desean adquirir derechos no tienen que negociar con multitud de clubes; permite que la programación pueda ser planificada con antelación, y en campeonatos de tipo eliminatorio —como la *Champions League*— un operador que deseara retransmitir encuentros no podría conocer con antelación qué equipos van a llegar a las distintas fases del campeonato.

¹⁰⁰ Esta eficiencia se podría generar porque la venta centralizada, precisa la CNMC, permite ofrecer un producto al consumidor final que no permite la venta individualizada al emitir todos los partidos (en casa y fuera) de un determinado equipo. Y este producto final es el que demandan los consumidores finales y el que induce a los distintos compradores en los sistemas de venta individualizada a llegar a acuerdos. Sin embargo, precisa, igualmente que en casos en los que se ha instaurado el sistema de venta centralizada, como la *Champions League*, no parece existir evidencia de que esta haya redundado en un aumento relevante de la demanda y del número de espectadores pudiendo originarse, en su caso, un incremento de precios. Y en cualquier caso, tampoco puede afirmarse que dicho sistema sea necesario para conseguir los efectos deseados y que no existan mecanismos alternativos que permitan conseguir una mayor comercialización de la marca y la consecución de un producto único. Cfr. *Informe relativo al Proyecto de Real Decreto-Ley*, *op. cit.*

o, como parte de literatura argumenta, si muchos equipos fuesen de una calidad inferior y no existiese lo que la literatura denomina balance competitivo¹⁰¹.

Por todos los motivos anteriores y a pesar de los efectos positivos y eficiencias que este sistema podría generar, la CNMC considera que dicho sistema es de difícil justificación desde el punto de vista de la competencia frente a la alternativa de un sistema de venta individual basada en un derecho de arena puro, distinto en consecuencia al sistema que ha estado vigente en España a lo largo de estos años y, respecto al cual, el modelo del RDL podría representar una mejora siempre que se confirmen las eficiencias alegadas¹⁰².

c) *La nota de prensa sobre el RDL, de fecha 28 de mayo del 2015*

En la nota de prensa hecha pública el 28 de mayo del 2015, la CNMC admite que el nuevo modelo implementado por el RDL presenta indudables ventajas, tales como la generación de eficiencias, la comercialización de una marca global del campeonato y la solidaridad financiera entre equipos, si bien pone de manifiesto la especial necesidad de que convendría que dichos factores se evaluaran bajo los principios de necesidad y proporcionalidad¹⁰³. Acto seguido, la CNMC hace referencia a las observaciones que realizó en su anterior informe, de fecha 10 de diciembre, para una mejor promoción de la competencia y la regulación económica eficiente del sistema de venta de derechos audiovisuales, denunciando que alguna de estas recomendaciones no han sido incorporadas al texto definitivo del RDL¹⁰⁴.

¹⁰¹ Para la CNMC, si el objetivo es conseguir más igualdad entre equipos «existen mecanismos alternativos para conseguir dicho fin que además son más respetuosos con la competencia efectiva que el establecimiento de un sistema de venta centralizada. En la literatura se han señalado distintos instrumentos como la creación de un fondo de compensación o la implementación de “impuesto de lujo” (*luxury tax*), entre otros, que permitirían instaurar mecanismos de redistribución en caso de que estos se considerasen justificados. No es por lo tanto indispensable establecer un sistema de venta centralizada para favorecer más igualdad financiera entre equipos. Un sistema de derecho de arena puro no está tampoco exento de generar problemas de competencia en los mercados descendentes, aunque podría tender a mejorar el acceso para entrantes potenciales. El sistema de venta centralizada tampoco es inmune a la aparición de problemas de competencia aguas arriba y aguas abajo, como ponen de relieve algunas experiencias recientes en Reino Unido e Italia, donde existen sistemas de venta centralizada».

¹⁰² En todo caso, la CNMC es consciente de que, en esencia, el sistema propuesto es el que ha permitido la Comisión Europea en varias de sus decisiones, tanto sobre campeonatos europeos como nacionales. Por tanto, concluye que el Gobierno podría estar legitimado jurídicamente por las decisiones de la Comisión Europea para establecer dicho sistema en España.

¹⁰³ La nota se puede consultar en http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/notasdeprensa/2015/PROMOCION/20150528_NP_IPN_derechosfubol.pdf —consulta efectuada el 4 de diciembre del 2015—. Al respecto, la nota reza lo siguiente: «A pesar de las ventajas que puede presentar este modelo (generación de eficiencias, comercialización de una marca global del campeonato, solidaridad financiera entre equipos), convendría que se evaluaran bajo los principios de necesidad y proporcionalidad».

¹⁰⁴ En términos genéricos, la CNMC se refiere a los siguientes aspectos: «en el reparto de los ingresos, la CNMC recomienda primar criterios objetivos y verificables; la recaudación obtenida en

Al respecto, precisa la CNMC, en primer lugar, que no se han calificado como vinculantes los informes que debe realizar en relación con el sistema de reparto de derechos¹⁰⁵. Por otro lado, en relación con los criterios para el reparto de los ingresos, la CNMC pone de manifiesto que había recomendado la implementación de criterios objetivo que aseguraran unos incentivos adecuados a las entidades deportivas, frente a los criterios de implantación social que son calculados a partir de estudios de mercado y no se calculan sobre variables objetivas y verificables, tales como la recaudación en abonos y taquillas¹⁰⁶. Asimismo, en cumplimiento de la normativa de ayudas de Estado, la CNMC considera que se deben evitar posibles tratamientos diferenciados de los clubes sobre el cobro de deudas por parte de las Administraciones Públicas¹⁰⁷.

Por otra parte, la CNMC afirma que las compensaciones que deben realizar los clubes a la Liga (del 1 por 100) y a la Real Federación Española de Fútbol (del 1 por 100) deberían guiarse por un criterio de orientación a costes para que no haya incentivos a pérdida de eficiencia. Adicionalmente, considera que el fondo de compensación del 3,5 por 100 para los equipos que descienden de categoría podría alterar el libre juego de la competencia económica y deportiva porque estos equipos ya cuentan, generalmente, con mayores ingresos que sus nuevos compañeros de categoría. No obstante lo anterior, la CNMC reconoce que el RDL ha incorporado determinadas recomendaciones en su día formuladas con respecto a la duración máxima de los contratos de tres años, la prohibición de que un único operador acapare los derechos de los diferentes productos comercializables y que en el reparto de ingresos se tendrá en cuenta el puesto en la clasificación alcanzado por cada club en cada temporada, lo que provocará una competitividad mayor durante toda la temporada de dichas entidades¹⁰⁸.

el reparto de derechos audiovisuales debería dedicarse a saldar las deudas de los clubes con las Administraciones Públicas y la financiación de los Clubes a LaLiga y a la Federación debería ajustarse a los costes», *ibid.*

¹⁰⁵ La CNMC significa en la repetida nota de prensa lo siguiente: «Fortalecimiento del papel que debe jugar la CNMC en una serie de decisiones directamente relacionadas con el sistema de reparto de derechos (en especial, convirtiendo en vinculante alguno de sus informes)», *ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Así, precisa la CNMC que «los ingresos obtenidos por los derechos audiovisuales se deberían dedicar de forma obligatoria, preferente y en un plazo perentorio a saldar dichas deudas, debiendo primar esta obligación sobre cualquier otra utilización (por ejemplo, gastos en fichajes de nuevos jugadores)», *ibid.*

¹⁰⁸ Al respecto afirma la CNMC en la citada nota que «En cambio, el Real Decreto-Ley aprobado sí que ha incorporado algunas de las recomendaciones de la CNMC: — Se ha acortado la duración máxima de los contratos de explotación y comercialización de los derechos audiovisuales a un máximo de tres años. — Se evita que un solo operador acapare los derechos de los diferentes productos comercializables. — Para evitar situaciones de fraude en el reparto de los ingresos, se tendrá en cuenta el puesto en la clasificación alcanzado por el club en cada temporada, en vez de asignar un porcentaje en función del tramo. Esto dará incentivos económicos a los equipos para que compitan aún en mayor medida hasta el final de temporada», *ibid.*

B. LA COMERCIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE CONTENIDOS AUDIOVISUALES DEL CAMPEONATO NACIONAL DE LIGA DE PRIMERA Y SEGUNDA DIVISIÓN Y DE LA COPA DE S. M. EL REY PARA LA TEMPORADA 2015/2016

a) *Previo*

Como consecuencia de que el RDL prevé la posible anticipación de la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales del Campeonato Nacional de liga de Primera y Segunda División y de la Copa de S. M. el Rey para la temporada 2015/2016, LaLiga aprobó provisionalmente una inicial propuesta de condiciones para la comercialización centralizada de los derechos audiovisuales que sometió al correspondiente Informe de la CNMC, tal y como se significa a continuación. La propuesta, inicialmente comprendía las temporadas 2015/2016 a 2017/2018.

b) *La propuesta de LaLiga de condiciones para la comercialización centralizada de los derechos audiovisuales de campeonato nacional de fútbol en las temporadas 2015/2016 a 2017/2018*

Con fecha de julio de 2015, LaLiga publicó las bases para la comercialización de los derechos audiovisuales para el periodo 2015/2016 a 2017/2018¹⁰⁹. En cuanto a paquetes de derechos para televisión en abierto se licitaron los siguientes:

- Lote 1: un partido de Primera División en exclusiva y segunda elección que no sea ni de Real Madrid, Barcelona, Atlético, Sevilla o Valencia ni de los equipos que estén compitiendo en la *Champions League* o en la *Europa League*.
- Lote 2: resúmenes de 15 minutos en exclusiva hasta el martes a mediodía para una sola cadena, que se retransmitirán en abierto una vez hayan finalizado todos los partidos de cada día de la jornada de liga.
- Lote 3: resúmenes de 8 minutos no exclusivos para emitirse a partir del martes a mediodía.
- Lote 4: emisión de hasta 10 partidos de cada jornada de Segunda División en segunda elección para emitir en los circuitos regionales de TVE y en las televisiones autonómicas¹¹⁰.

Por su parte, los paquetes o lotes para televisión de pago eran los siguientes:

- Lote 1: un partido de Primera División a escoger en primera elección entre 18 partidos del Real Madrid, 18 del Barcelona y uno de los dos Clásicos; y otro partido de Segunda División.

¹⁰⁹ Cfr. www.laliga.es, consulta efectuada el 4 de diciembre del 2015.

¹¹⁰ *Ibid.*

- Lote 2: emisión en exclusiva del Canal Liga TV que incluirá, entre otros, los restantes 8 partidos de Primera División en tercera elección en exclusiva. Este lote equivaldría a los partidos ofrecidos hasta ahora por el Canal+ Liga.
- Lote 3: hasta 10 partidos de Segunda División en segunda elección.
- Lote 4: resúmenes de 3 minutos de todos los partidos de Primera y Segunda División de forma no exclusiva para emitirse un cuarto de hora después de finalizar el partido a través de internet.
- Lote 5: partidos de Primera y Segunda División en diferido entre una hora y 7 días después de terminar el partido de forma no exclusiva y para su difusión en plataformas distintas de la televisión.
- Lote 6: todos los partidos de Primera y Segunda División junto con los resúmenes para ser emitidos en establecimientos públicos¹¹¹.

Con fecha 3 de junio de 2015, tuvo entrada en la CNMC la solicitud de LaLiga por la que se solicita informe acerca de la propuesta de condiciones para la comercialización centralizada de los derechos audiovisuales de clubes de la Primera y Segunda División en las temporadas 2015/2016 a 2017/2018 antes citada¹¹². El contenido del mencionado Informe se explica a continuación.

c) *El Informe de la CNMC, de fecha 3 de julio del 2015, sobre la propuesta de LaLiga de condiciones para la comercialización centralizada de los derechos audiovisuales de Campeonato Nacional de fútbol en las temporadas 2015/2016 a 2017/2018*

A la luz de la mencionada solicitud, la CNMC, con fecha 3 de julio, emitió el denominado Informe sobre «la propuesta de LNFP de condiciones para la comercialización centralizada de los derechos audiovisuales de campeonato nacional de fútbol en las temporadas 2015/2016 a 2017/2018»¹¹³. En el Informe, la CNMC considera que la propuesta de oferta para la comercialización conjunta de los derechos audiovisuales, no cumple con los requisitos mínimos indispensables establecidos en el para que la CNMC emita el informe preceptivo previsto en el art. 4.3 del RDL.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² La solicitud formulada por LNFP se realiza en virtud de lo establecido en el art. 4 del RDL donde se determina que «Sin perjuicio de lo previsto en la Ley 3/2013, de 4 de junio, y el resto de normativa de competencia, con carácter previo a la aprobación de dichas condiciones, las entidades comercializadoras solicitarán de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la elaboración de un informe sobre las citadas condiciones de comercialización de derechos. Dicho informe será elaborado en el plazo de un mes desde que fuera solicitado». Adicionalmente, el art. 4.5 del RDL establece que «Las condiciones de comercialización de los derechos audiovisuales en los mercados internacionales se harán públicas y se someterán al informe previo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en los términos previstos en el párrafo segundo del apartado 3 de este artículo. La entidad comercializadora ofrecerá a través de la *web* información actualizada sobre los contratos de comercialización vigentes».

¹¹³ El Informe se puede consultar en http://www.cnmc.es/Portals/0/Ficheros/Competencia/Novedades/20150708_Informe_LNFP_OK.pdf, consulta efectuada el 4 de diciembre del 2015.

En particular, en relación con la comercialización conjunta de los citados derechos en España, la CNMC afirma desconocer, por un lado, cuál va a ser el sistema que se utilizará para puntuar a los operadores licitantes de cara a la valoración de las ofertas, las medidas que adoptará LaLiga en caso de que no se pudiera adjudicar algunos de los Lotes de derechos y cómo se va a efectuar la licitación de la producción de los partidos. Por otro lado, en relación con la comercialización conjunta de los derechos audiovisuales fuera de España, la CNMC afirma desconocer, igualmente, la oferta que se pretende formular y, por ello, no puede formular comentario alguno en relación con la misma¹¹⁴.

Respecto de algunos de los aspectos de la oferta que sí se conocen, la CNMC alega que el sistema de lotes propuesto incumple lo previsto en el RDL, al condicionar la adjudicación de los lotes de partidos de Segunda División entre sí y en relación con la exclusión de la posibilidad de que un único operador pueda adquirir más de dos lotes de derechos exclusivos¹¹⁵. Además, tal y como se hace en otras Ligas europeas, la CNMC considera que los derechos deberían ser segmentados por tecnología de explotación en el caso de las tecnologías más incipientes (internet; televisión móvil)¹¹⁶.

Asimismo, la CNMC precisa que debe tenerse en cuenta que LaLiga se ha reservado una posición de privilegio en lo relativo a la distribución de los contenidos audiovisuales vía OTT, al obligar al adjudicatario a desarrollar los mecanismos precisos para que los clientes puedan acceder a los contenidos licitados a través de la página *web* de LFP. Adicionalmente, la CNMC pone de manifiesto que las condiciones remitidas para el proceso de licitación, valoración y adjudicación no reúnen los requisitos de transparencia, competencia y no discriminación entre operadores dado que, a su juicio, la propuesta remitida por LaLiga deja un amplio margen de discrecionalidad a la entidad convocante para tomar decisiones no regladas dentro del procedimiento de licitación¹¹⁷.

¹¹⁴ En relación con la venta internacional de los derechos la CNMC pone de manifiesto que «En todo caso, esta CNMC considera necesario advertir que, una vez eliminado todo riesgo financiero de MEDIAPRO en esa comercialización internacional de derechos audiovisuales, parece haberse matizado la calidad de agente de MEDIAPRO, si bien no puede descartarse que la aplicación práctica de la libertad contractual concedida al agente por LNFP pueda dar lugar a una valoración distinta a efectos de aplicación de la normativa de competencia. Si de esa valoración posterior derivara que MEDIAPRO no ha actuado como mero agente de LNFP se debe advertir que el contrato firmado por LNFP podría constituir un acto de comercialización de los derechos audiovisuales del Campeonato Nacional de Liga de fútbol en países de la Unión Europea distintos de España, que se habría realizado sin haber respetado lo establecido en el RDL 5/2015», *ibid.*

¹¹⁵ Al respecto, la CNMC considera que «el sistema previsto para adjudicar los Lotes de los partidos de Segunda División del Campeonato Nacional de Liga de fútbol, tanto en modalidad en abierto como de pago dejan un amplio margen de discrecionalidad a LNFP en lo relativo a la adjudicación definitiva de estos derechos y no cumplen, por tanto, con los requisitos de transparencia, competitividad y no discriminación entre operadores.

¹¹⁶ Con ello se garantiza un proceso mucho más competitivo en el que, por una parte se evita el acaparamiento de derechos y, por otra, se permite que operadores que no posean las distintas tecnologías puedan quedar fuera del proceso de adjudicación.

¹¹⁷ Al respecto, la CNMC considera que se debe desarrollar de una manera más pormenorizada y adecuada con la libre competencia el contenido de los Lotes, el sistema de valoración y adjudicación de las ofertas recibidas, y el procedimiento a seguir para la rescisión de las adjudicaciones.

Por último, la CNMC considera que debería separarse material y temporalmente la comercialización conjunta de los derechos audiovisuales del Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División de fútbol de la temporada 2015/2016 del de las temporadas siguientes dada la, a su juicio, posición de preminencia de Mediapro y Telefónica con respecto al resto de operadores interesados en la explotación de los citados derechos.

d) *Las actuaciones de LaLiga tras el Informe de la CNMC, de fecha 3 de julio del 2015*

Con fecha 10 de julio del 2015, LaLiga y Telefónica alcanzaron un acuerdo para la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales del fútbol de pago en el mercado nacional durante la temporada 2015/2016. En virtud del acuerdo, Telefónica abona seiscientos millones de euros a cambio de obtener los derechos de explotación en exclusiva de Liga BBVA, Liga Adelante y toda la oferta de pago de los partidos de Copa del Rey. Tanto Telefónica como LaLiga mostraron su satisfacción por este acuerdo para la temporada 2015/2016, que consideran también beneficioso para el resto de los operadores, los clubes y los aficionados. Como consecuencia de dicho acuerdo, LaLiga suspendió la solicitud de ofertas para la comercialización de los derechos de las siguientes temporadas que será analizada a continuación¹¹⁸.

Por otro lado, con fecha 29 de julio del 2015 y en cumplimiento de lo previsto en las «Nuevas bases para la solicitud de ofertas para la comercialización en el mercado nacional de los derechos de explotación de determinados contenidos audiovisuales del Campeonato Nacional de Liga de Primera División y de la Copa de S. M. el Rey para la temporada 2015/2016», LaLiga procedió a realizar la oportuna evaluación de las distintas ofertas presentadas, y comunicó que las puntuaciones obtenidas por los distintos candidatos que han presentado oferta por el Lote 3, consistente en «Resúmenes exclusivos en abierto», son las siguientes:

	RTVE	ATRESMEDIA	MEDIASET	FORTA
Puntuación	80,69	64,79	57,26	43,45

Como consecuencia de lo anterior, el Lote 3 es adjudicado a RTVE en exclusiva, al haber alcanzado la mayor puntuación total. Por lo que respecta

¹¹⁸ El comunicado de LaLiga concluía disponiendo lo siguiente: «Oportunamente se anunciarán las fechas de publicación de las «Bases para la solicitud de ofertas para la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales del Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División» para el mercado nacional durante las temporadas 2016/2017 y las dos siguientes. Todo ello en cumplimiento de lo dispuesto en el Real Decreto Ley 5/2015, de 30 de abril, de medidas urgentes en relación con la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales de las competiciones de fútbol profesional». Cfr. www.laliga.es, consulta efectuada el 4 de diciembre del 2015.

a los Lotes 1 y 2, dado que no se ha alcanzado el precio de Reserva Individual de los referidos Lotes, se procede por parte de LaLiga, a iniciar las correspondientes negociaciones individuales con los operadores para intentar llegar a un acuerdo que cumpla con las expectativas razonables al efecto establecidas de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 2.3 de las Bases.

C. LA COMERCIALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN DE CONTENIDOS AUDIOVISUALES DEL CAMPEONATO NACIONAL DE LIGA DE PRIMERA Y SEGUNDA DIVISIÓN Y DE LA COPA DE S. M. EL REY PARA LAS TEMPORADAS 2016/2017 A 2018/2019

a) *Previo*

De conformidad con el régimen jurídico vigente previamente expuesto, LaLiga, en virtud de diversos convenios¹¹⁹ suscritos con la Real Federación Española de Fútbol, tiene encomendada la comercialización de los derechos audiovisuales de la Copa de S. M. el Rey para las temporadas 2016/2017 a 2018/2019, exceptuando la final de esta competición, cuya comercialización corresponde a la Real Federación. Como igualmente ha sido anticipado, la comercialización de los derechos audiovisuales debe seguir unos sistemas de adjudicación y explotación que respeten los principios de igualdad y de libertad de empresa, siempre dentro del marco del cumplimiento de las normas generales en materia de competencia a nivel nacional y comunitario. De acuerdo con lo anteriormente expuesto, se procede a analizar, por un lado, el informe evacuado por la CNMCC el 4 de noviembre del 2015 y las bases para la comercialización de los derechos audiovisuales futbolísticos para las próximas tres temporadas, realizando concreta referencia a la situación actual a la fecha de cierre de la redacción del presente estudio.

b) *El informe de la CNMC, de fecha 4 de noviembre de 2015*

Con fecha 5 de octubre de 2015, LaLiga solicitó a la CNMC informe sobre las condiciones de comercialización centralizada de los derechos audiovisuales de la Primera, Segunda División y Copa de S. M. el Rey cumpliendo de esta forma con la obligación recogida en el art. 4 del RDL 5/2015. Habiéndose emitido informe con fecha 4 de noviembre. A la luz de todo lo anterior, la CNMC considera que el borrador de bases sometido a informe previo por parte de LaLiga reúne parcialmente los requisitos exigidos por el citado instrumento legislativo.

No obstante lo anterior, la CNMC, en aras a la total adecuación al RDL y a los principios de libre competencia, considera necesario que, en las bases en las que se configure el procedimiento de licitación de los derechos

¹¹⁹ Convenios de fecha 11 de agosto de 2014, de 24 de julio de 2015 y 11 de noviembre de 2015.

de emisión en España de Liga y Copa de S. M. el Rey para las temporadas 2016/2017 a 2018/2019 se corrija, por parte de LaLiga, los siguientes aspectos con respecto a las bases presentadas:

- Reservar a la televisión en abierto todas las semifinales de la Copa del Rey.
- Concretar cómo se fijan los horarios para los partidos individuales y cómo se resuelven los posibles conflictos con los adjudicatarios en relación con esta cuestión.
- Clarificar cómo se asignan los partidos de Segunda División a televisión en abierto y televisión de pago.
- Abrir efectivamente la potencial contratación del lote 4 (un partido Real Madrid o Barcelona por jornada de Primera División) a operadores de televisión en abierto.
- Se critica la imposición de la contratación total o parcial (para la reventa) de los canales editados por la Liga para la Primera División, Segunda División y clientes no residenciales. Solo se admitiría si estos canales se comercializasen de forma no exclusiva.
- Reducir las obligaciones de información impuestas a los adjudicatarios sobre audiencias y abonados, al ser desproporcionadas.
- Incluir en la licitación los derechos audiovisuales reservados a LaLiga que no se comercializan inicialmente, relacionados con los resúmenes no exclusivos en televisión en abierto.
- Eliminar los precios de reserva individuales y los sistemas de adjudicación subsidiaria. Solo si no se alcanza el precio global de reserva, se podría convocar una nueva licitación, manteniendo o modificando las bases de la licitación inicial.
- Modificar el procedimiento formal de recepción de ofertas (sobres separados para oferta técnica y económica; apertura ofertas económicas solo cuando se hace pública valoración ofertas técnicas), así como concretar y especificar los criterios de admisibilidad y de valoración técnicos, siendo preferible que se utilizaran únicamente criterios de valoración económica de cara a la adjudicación de los lotes de la licitación.

c) *Las bases para la solicitud de ofertas: Consideraciones generales, lotes y procedimiento*

a.1) *Consideraciones generales*

De acuerdo con las indicaciones formuladas por la CNMC¹²⁰, LaLiga elaboró las bases definitivas para la solicitud de ofertas para la implementación del procedimiento para la comercialización de los derechos audiovisuales de las competiciones futbolísticas de Liga y Copa que se inspiran,

¹²⁰ Las bases se pueden consultar en <http://files.laliga.es/201511/18164042bases-para-la-solicitud-de-ofertas-13-11-15-def.pdf>, consulta efectuada el 4 de diciembre del 2015.

obviamente, en procedimientos similares ya establecidos por otras ligas europeas, atendiendo a los siguientes criterios previstos, igualmente en el RDL:

- Concretar el alcance de los lotes de derechos objeto de comercialización señalando, en particular, los contenidos incluidos en cada Lote, el ámbito geográfico para su explotación, si se destinan a su emisión en abierto o de pago y los que serán objeto de explotación exclusiva o no exclusiva.
- Garantizar la comercialización de los derechos correspondientes a los acontecimientos de interés general para la sociedad, a los que se refieren el art. 20 y la Disposición transitoria 6.^a de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual.
- Descripción de la oferta la fecha y horario de celebración de cada uno los eventos comercializados o las condiciones que permitan su determinación a los adjudicatarios.
- Adjudicación mediante un procedimiento público, transparente, competitivo y sin discriminación de candidatos, basado en criterios objetivos entre los que deberán figurar, principalmente, la rentabilidad económica de la oferta, el interés deportivo de la competición, y el crecimiento y el valor futuro de los derechos audiovisuales que pueda aportar el adjudicatario.
- Adjudicación independiente de cada Lote.
- La duración de los contratos de comercialización estará limitada a tres temporadas.
- Prohibición de adquisición directa o indirecta de más de dos lotes, salvo en caso de que no existieran licitadores o adquirentes u otras ofertas económicamente equivalentes en los términos establecidos en el art. 4 del RDL 5/2015.
- La comercialización de los derechos se realizará con la suficiente antelación para que su explotación se lleve a cabo de una manera adecuada.
- Posibilidad de resolución del contrato y adjudicación a otro candidato en caso de que el Adjudicatario no explote los derechos audiovisuales.

Entre las condiciones generales previstas en las Bases se establece que LaLiga fijará un precio de reserva individual para cada uno de los lotes, que será depositado en la sede del Consejo Superior de Deportes ante su Presidente, quien velará por su confidencialidad hasta el día de la apertura de sobres. El precio será fijado atendiendo a criterios de mercado, tales como el precio de comercialización de lotes similares a los recogidos en las presentes bases para temporadas anteriores, actualizando dicho precio y solo será comunicado a los candidatos del lote afectado en caso de que no se alcance dicho precio de reserva individual ¹²¹.

¹²¹ Asimismo, se tendrá también en cuenta el precio de lotes similares en países con fútbol como primer deporte y rentas per cápita y poblaciones equiparadas a las españolas, *ibid*.

Con carácter general se prevé que si LaLiga decidiese no adjudicar un Lote a la mejor oferta por ser inferior al precio de reserva individual, se convocará una ronda de ofertas entre los candidatos, adjudicándose a la mejor oferta si alcanzase el Precio de Reserva Individual. Si no lo alcanzase, podrá convocarse una nueva ronda de ofertas, reservándose LaLiga el derecho de celebrar un nuevo concurso en un plazo de dos meses, si no se alcanza el Precio de Reserva Individual, previo informe de la CNMC. Los adjudicatarios deben proceder al pago del precio finalmente acordado, distribuyéndose dicho precio de forma proporcionada a cada temporada y haciéndose los siguientes pagos en la primera temporada¹²²:

- 10 por 100 del precio acordado a la firma del contrato.
- 20 por 100 del precio acordado el 15 de julio de 2016.
- 10 por 100 del precio acordado el 15 de septiembre de 2016.
- 10 por 100 del precio acordado el 15 de octubre de 2016.
- 10 por 100 del precio acordado el 15 de noviembre de 2016.
- 10 por 100 del precio acordado el 15 de diciembre de 2016.
- 10 por 100 del precio acordado el 15 de enero de 2017.
- 10 por 100 del precio acordado el 15 de febrero de 2017.
- 10 por 100 del precio acordado el 15 de marzo de 2017.

El retraso en el pago de cualquiera de las cantidades acordadas con los Adjudicatarios conllevará el derecho de LaLiga, sin que sea necesario ningún tipo de requerimiento previo, a imponer un interés de demora equivalente al interés legal del dinero incrementado en un 25 por 100¹²³.

Asimismo, se destaca en las bases que los adjudicatarios reconocen y acuerdan compartir un interés común en proteger las competiciones de LaLiga de las amenazas a su integridad que representan los amaños de partidos y la corrupción vinculada a las apuestas¹²⁴, así como obligarse a adoptar una Política Anti-Piratería, que será coordinada por La Liga, para evitar el acceso o difusión ilegal de los contenidos audiovisuales comercializados. Además, deben colaborar en la estrategia de implantación y expansión digital de LaLiga mediante la aportación de medios técnicos y humanos que contribuyan a una mayor exposición de la competición durante toda la duración del contrato¹²⁵.

¹²² Los pagos para las siguientes temporadas serán equivalentes a los anteriores pagos, con la diferencia que el 15 de julio de 2016 y para los sucesivos años se pagará un treinta por ciento (30 por 100), *ibid*.

¹²³ Adicionalmente, desde el momento en que se produzca el incumplimiento del pago, LaLiga tendrá derecho a obligar al Adjudicatario a suspender la emisión de partidos hasta la satisfacción de las cantidades adeudadas, así como los intereses devengados hasta la fecha; y exigir al adjudicatario incumplidor la constitución de una garantía bancaria solidaria a primer requerimiento a favor de LaLiga por el importe de los pagos pendientes hasta la finalización del contrato de comercialización firmado con el adjudicatario.

¹²⁴ Igualmente, se establece el deber para el adjudicatario de conocer que LaLiga designa un proveedor oficial de datos estadísticos para apuestas, y medios de comunicación/editoriales donde concede i) el derecho exclusivo de recopilar datos estadísticos oficiales relacionados con las Competiciones; y ii) el derecho exclusivo a suministrar Datos Estadísticos Oficiales LaLiga a la industria de las apuestas y de medios de comunicación/editoriales.

¹²⁵ Por otro lado, los Adjudicatarios deben coordinar con LaLiga durante toda la duración del contrato su estrategia de comunicación y promoción, en medios propios o de terceros, de la Competi-

Para solventar todas las cuestiones que surjan o pudieran surgir de la aplicación, interpretación o ejecución de las Bases, se establece la previsión de sometimiento a la decisión del Tribunal Español de Arbitraje Deportivo del Comité Olímpico Español, de acuerdo con el Código de Arbitraje Deportivo del mismo, renunciando a acudir a la vía jurisdiccional. Por último se establece que, transcurrido el plazo de vigencia de cada contrato de comercialización (30 de junio de 2019), los Adjudicatarios estarán obligados a devolver a LaLiga o destruir, según decida La Liga, cualquier material generado como consecuencia de la explotación del Lote adjudicado, así como cualquier información que posea en virtud del contrato de comercialización¹²⁶.

a.2) Los lotes de derechos y los derechos excluidos de la comercialización

LaLiga ha ofrecido la posibilidad de presentar ofertas por alguno de los diez lotes de derechos que se resumen a continuación:

<i>Lote</i>	<i>Breve descripción</i>
Lote 1	Un partido de Primera División en exclusiva en segunda selección, en abierto.
Lote 2	Un partido en directo de la Copa de cada ronda de cada eliminatoria en abierto (excepto la final), en segunda selección y las semifinales en primera selección, todo ello, en exclusiva.
Lote 3	Resúmenes en abierto (la exclusividad dependerá de la adjudicación en abierto o no del Lote 5).
Lote 4	Seis partidos de Segunda División en exclusiva en abierto en segunda selección.
Lote 5	Un partido de Primera División en exclusiva en primera selección. Un partido de Segunda División en exclusiva en primera selección. Los seis partidos de la fase de ascenso a Primera División
Lote 6	Canal Liga TV o su contenido equivalente: ocho partidos de Primera División de Pago en exclusiva en tercera selección y todos los partidos de la Copa S. M. el Rey de Pago en exclusiva excepto los partidos del Lote 2 en directo y excluyendo las semifinales y la final de esta Copa.

ción, encaminada a dotarla de mayor relevancia y valor. Asimismo, deberán ceder espacios publicitarios gratuitos a LaLiga para organizar campañas de publicitarias.

¹²⁶ Asimismo, una vez concluido el referido plazo de vigencia LaLiga, dada su condición de productor de los partidos y resúmenes, objeto del presente procedimiento, ostenta la totalidad de los derechos de propiedad intelectual sobre todos los contenidos y grabaciones audiovisuales (archivos) que se hayan generado, pudiendo ser explotados en cualquier medio o soporte, sin limitación alguna en un ámbito territorial mundial por el periodo de máxima vigencia de tales derechos. Todo ello, sin perjuicio del uso no exclusivo que puedan hacer los Clubes o Sociedades Anónimas Deportivas de los archivos detallados en este párrafo y que se correspondan con los partidos en los que hayan participado los mismos.

<i>Lote</i>	<i>Breve descripción</i>
Lote 7	Canal Liga TV2 o su contenido equivalente: diez partidos de Segunda División de Pago en exclusiva en segunda selección.
Lote 8	Canal Liga TV 3 o su contenido equivalente: partidos de Primera, Segunda División y Copa de S. M. el Rey para establecimientos públicos (clientes no residenciales) en exclusiva para plataformas de pago.
Lote 9	Partidos bajo demanda en exclusiva.
Lote 10	Clips o mini-resúmenes de noventa segundos de cada partido, con facultad de sublicencia, en exclusiva.

No obstante lo anterior, en las bases LaLiga se reserva el derecho a esta de comercializar todos los derechos audiovisuales no incluidos expresamente en los Lotes. Así, en sus entornos digitales se reserva el derecho a usar y explotar las imágenes de la Competición en la página *web* oficial de LaLiga, sus aplicaciones, programas de análisis de datos, programas de base estadística para uso profesional, redes sociales, videojuegos, y la interacción de todo lo anterior con los terminales, tanto *online* como *offline*, tanto para profesionales como destinados al gran público¹²⁷. Adicionalmente, se reserva el derecho a emitir y ofrecer a sus patrocinadores, colaboradores o socios comerciales imágenes de las Competiciones, con un máximo de tres minutos de duración por cada jornada, una vez terminada cada una de las jornadas de las Competiciones¹²⁸.

Por otra parte, se reserva el derecho a comercializar en el futuro resúmenes no exclusivos de un máximo de seis minutos de cada partido de las Competiciones sin exclusiva y a partir de las 12.00 am del lunes de cada jornada en caso de jornada celebrada en fin de semana o a partir de las 12.00 a.m. del viernes posterior a cada jornada liguera en caso de jornada celebrada entre semana para los partidos de Primera y Segunda División y a partir las 12.00 a.m. del día siguiente a la finalización de cada ronda de la Copa de S. M. el Rey para los partidos de Copa¹²⁹. Por último, se prevé que LaLiga solicitará a la CNMC informe previo a la comercialización de los resúmenes no exclusivos.

¹²⁷ Hasta un máximo de noventa segundos por partido y a partir de la finalización del último partido de cada día jornada.

¹²⁸ En todo caso, se prevé que no podrán ser emitidas con intención de resumir el contenido o el desarrollo de un partido, sino que serán emitidas con fines amplios tales como la promoción de LaLiga, el prestigio de la misma, de sus integrantes o de sus patrocinadores, entre otros.

¹²⁹ La comercialización se limitará como máximo a dos operadores en abierto de cobertura nacional, a un operador de cobertura autonómica en abierto en cada una de las Comunidades Autónomas y a un operador de cobertura local en abierto en cada una de las poblaciones en las que tenga su domicilio un Club de la Primera o la Segunda División. El operador emitirá los partidos por medio de una televisión en abierto, así como mediante cualquier otra plataforma del operador, siempre que sean emitidos simultáneamente. El precio se fijará atendiendo a la audiencia potencial y al *share* medio anual del operador de la zona de cobertura.

a.3) Procedimiento para la presentación de ofertas y calendario.
Situación a 4 de diciembre del 2015

Se prevé expresamente en las bases que las ofertas presentadas son firmes e incondicionales, estando vinculadas durante un periodo de sesenta días desde su presentación. Adicionalmente, se prevé que cada candidato es libre de presentar oferta por uno o más lotes, si bien deberá presentar una oferta individual independiente por cada uno de los lotes en que dicho candidato esté interesado¹³⁰. El calendario previsto en las bases ha sido el siguiente:

<i>Fecha</i>	<i>Hito</i>
13 de noviembre de 2015	Publicación de convocatoria de ofertas
Antes del 27 de noviembre de 2015 a las 8:00	Consignación del precio de reserva
2 de diciembre de 2015 a las 14:00	Finalización del plazo para presentación de ofertas
2 de diciembre de 2015, a partir de 16:00	Apertura y valoración de las ofertas
3 de diciembre antes de las 24.00	Adjudicación provisional
4 de diciembre de 2015	Formalización de acuerdos vinculantes

De acuerdo con el calendario antes citado, LaLiga procedió a la publicación del anuncio de la solicitud de ofertas y las condiciones generales en la sección específica de la página *web* de LaLiga (www.laliga.es), creada a tal efecto, y envió una comunicación a las principales agencias de comunicación y los principales medios de comunicación generales y deportivos de España.

De conformidad con el calendario citado, los operadores interesados debían presentar sus ofertas, con los requisitos fijados por LaLiga, antes del 2 de diciembre de 2015 a las 14:00 p.m. en la sede del CSD¹³¹. En concreto, el 2 de diciembre del 2015, se procedió a la apertura del sobre principal de cada oferta por parte de LaLiga y se agruparon, por un lado, los Informes de presentación de los candidatos y, por otro lado, los sobres/ofertas de cada lote. Asimismo, LaLiga hizo pública la identidad de los candidatos y la fecha de presentación de sus ofertas una vez finalizado el plazo para su presentación.

¹³⁰ En cumplimiento de lo dispuesto en el RDL, en caso de que un mismo candidato resulte adjudicatario de más de dos lotes exclusivos, sin que concurran los requisitos normativos que permitiesen dicha adjudicación, el candidato tendrá derecho a comunicar una prelación de lotes para ser adjudicados, procediendo La Liga, respecto a aquellos Lotes que no puedan ser adjudicados a dicha mejor oferta, a re-adjudicar los lotes a la segunda mejor oferta. Si la segunda mejor oferta fuera inferior al precio de reserva individual, LaLiga considerará que no es «económicamente equivalente» a la oferta ganadora a los efectos del art. 4.4.g) del RDL.

¹³¹ El sobre debía contener en su interior un sobre debidamente sellado por cada Lote para el que se presente una y otro sobre en el que se incluya el informe de presentación del candidato.

Así, en la nota de prensa de LaLiga, fechada el propio día 2 de diciembre, se dispone lo siguiente: «En la tarde de hoy, y ante el Secretario de Estado, D. Miguel Cardenal y el Notario del Ilustre Colegio Notarial de Madrid, D. Tomás Pérez de Ramos, se ha procedido a la apertura y evaluación de las ofertas de los distintos candidatos a los diferentes lotes para la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales del Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División, y de la Copa de S. M. el Rey para las temporadas 2016-2017 a 2018-2019. Al haber superado el precio de reserva por parte de las ofertas presentadas, han sido adjudicados los Lotes 5 y 6:

- El Lote 5 ha sido adjudicado a la compañía DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN DIGITAL, SAU por un importe total de 750 millones de euros por las tres temporadas.
- El Lote 6 ha sido adjudicado a la compañía MEDIAPRODUCCIÓN, SLU por el importe total de 1.900 millones de euros por las tres temporadas. Quedando el resto de Lotes no adjudicados, se convoca por tal motivo una reunión de Órgano de Control a efectos de proceder de acuerdo a las bases del concurso»¹³².

Asimismo, con fecha 3 de diciembre del 2015, el Órgano de Control de Gestión de los Derechos Audiovisuales ha adoptado los siguientes acuerdos en relación a la comercialización de los derechos de explotación de contenidos audiovisuales del Campeonato Nacional de Liga de Primera y Segunda División, y de la Copa de S. M. el Rey para las temporadas 2016-2017 a 2018-2019:

- Al resultar ser la mejor oferta recibida, se procede a adjudicar el Lote 8 (canal especializado para bares y locales públicos) a la UTE ORANGE-VODAFONE por la cantidad de 300 millones de euros por las tres próximas temporadas, importe que se verá incrementado por una cantidad variable de hasta 30 millones de euros.
- LaLiga comercializará directamente los Lotes 7, 9 y 10 en régimen de no exclusividad.
- LaLiga convocará una nueva ronda de ofertas para los Lotes en abierto 1, 2, 3 y 4 entre los candidatos que hayan presentado previamente oferta para dichos Lotes.

De acuerdo con el plazo fijado en las Bases para la firma de los correspondientes acuerdos comerciales se prevé que lo será hasta el 4 de diciembre de 2015, si bien se podrá extender por motivos justificados. En el caso de que no se llegue a un acuerdo en el plazo prefijado, el Órgano de Gestión de LaLiga anulará la adjudicación provisional y procederá a la Adjudicación a la segunda mejor oferta recibida para ese lote o procederá a la publicación de una nueva solicitud de ofertas únicamente para el referido lote. No obstante lo anterior, en el día de cierre del presente artículo ya han sido suscritos los contratos antes citados por los antes enunciados importes.

¹³² Cfr. www.laliga.es, consulta efectuada el 4 de diciembre del 2015.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Se iniciaban las presentes reflexiones poniendo de manifiesto que el pasado 30 de abril se puede decir que ha habido un antes y un después en el régimen jurídico aplicable al fútbol profesional con la aprobación del tantas veces esperado RDL que regula la venta centralizada de derechos televisivos del fútbol. El principal objetivo de este RDL, tal y como ha quedado expresado, es el establecimiento de un sistema de comercialización conjunta de los derechos audiovisuales del fútbol profesional. Hasta ahora, estos derechos han venido siendo comercializados por los clubes de manera individual, lo cual ha generado, además de desigualdades económicas en la remuneración que percibían los distintos clubes, múltiples «guerras del fútbol» entre operadores televisivos —con sus correspondientes batallas judiciales— y un sin fin de desencuentros entre los distintos sujetos involucrados. Con la tantas veces citada regulación, además, se producirá un equilibrio entre los ingresos de los Clubes/SAD y fomentará un mejor desarrollo a nivel internacional de las competiciones profesionales futbolísticas españolas.

Con la nueva norma, ningún club profesional podrá comercializar directamente sus derechos de explotación de contenidos audiovisuales. A partir de ahora, la participación en una competición oficial de fútbol profesional conllevará necesariamente la cesión de estos derechos al organizador de la competición: la Liga de Fútbol Profesional en caso de la liga de primera y la segunda división y la Real Federación Española de Fútbol para la Copa del Rey. De especial importancia es la reducción de los resúmenes informativos de los partidos —de 3 minutos a 90 segundos—. La nueva norma también establece de manera detallada las condiciones en que la LFP y RFEF podrán comercializar estos derechos: por lotes, en régimen de transparencia, competencia y no discriminación. Se limita la duración de los contratos a tres años —siguiendo los criterios que en su día establecieron las autoridades de competencia— y se limita la adjudicación a un máximo de dos lotes para un mismo operador nacional.

Como ha sido anticipado al inicio del presente trabajo que ahora culmina, se ha constatado que la problemática del Derecho de la competencia con la comercialización de los derechos audiovisuales futbolísticos reviste una muy especial relevancia en las fechas que nos ocupan, resultando evidente el sometimiento de estos a la normativa comunitaria y española aplicable. Tal y como ha quedado significado, la CNMC ha puesto de manifiesto la posible existencia de algunos problemas desde la perspectiva Derecho de la competencia que han tratado de ser resueltos y plasmados, tanto en el texto definitivo del RDL como en las bases de comercialización.

De esta forma, el RDL ha recogido, por ejemplo, aspectos manifestados por la CNMC como la limitación de la duración máxima de los contratos de un máximo de tres años para todos los derechos, el sistema de cálculo que incluya el puesto deportivo final en la clasificación del equipo en cada temporada y el impedimento de que un solo operador acapare

los derechos de los diferentes lotes. Si bien es cierto, igualmente, que otra serie de aspectos planteados por la CNMC no han recibido el acomodo interesado por dicha Institución, lo cual puede plantear nuevos escenarios de futuro en la materia. Obviamente, como se ha indicado, un acuerdo de venta centralizada de derechos de retransmisión de fútbol es, obviamente, un acuerdo restrictivo de la competencia y como tal deben analizarse sus eficiencias para verificar que pueda estar exento por aplicación de los arts. 101.3 TFUE y 1.3 de la LDC.

No obstante lo anterior, el hecho de que el régimen jurídico venga dado por una norma con rango de Ley y no mediante un simple acuerdo privado, tal y como acontece en el presente caso, garantiza la seguridad jurídica y la transparencia. Queda dilucidar, obviamente, dado que a la fecha de cierre del presente artículo no es posible (4 de diciembre del 2015) cuál será el hipotético resultado final de los distintos procedimientos y actuaciones que están siendo objeto de desarrollo en la actualidad. Sin embargo, por el momento, no resulta fácil manifestarse sobre el resultado final a efectos del Derecho de la competencia. En efecto, uno de los aspectos más destacables es que ha sido el propio Gobierno quien ha establecido cómo se repartirán los ingresos derivados de la venta centralizada de los derechos de los clubes. El 90 por 100 será para los clubes de primera división y el 10 por 100 restante para los de segunda. No se queda ahí, se detallan también los porcentajes que se asignarán a cada club en función de su clasificación en la liga, aplicando una serie de baremos y estableciendo que, en todo caso, la diferencia entre el primero y el último club no podrá ser más de 4,5 veces superior (3,5 si se alcanzaran unos ingresos de 1.500 millones de euros).

Sin perjuicio de todo ello, es evidente que resultaba necesario y de especial urgencia, tal y como adecuadamente justifica el RDL abordar, mediante una norma con rango de ley, la comercialización de los derechos audiovisuales futbolísticos, dado el gran número de conflictos vividos en la materia en nuestro país y de todos conocidos. En definitiva, con la aprobación del RDL se ha dado un paso histórico para el fútbol profesional español que le permitirá ser más competitivo en los mercados nacional e internacional y, sobre todo, resultará beneficioso para los clubes, aficionados, espectadores y telespectadores. Este paso, como ha quedado significado previamente, era urgente y necesario y constituye un ejercicio paradigmático de responsabilidad social corporativa por parte del fútbol profesional español. Si en los próximos cinco años el crecimiento del valor de los derechos es el esperado, el fútbol aficionado español, sus clubes y sus federaciones territoriales ingresarán más de 150 millones de euros, que se convertirán en 400 millones de euros en los próximos diez años. Cantidades nada despreciables que contribuirán a un mejor desarrollo del fútbol y del deporte español en su conjunto, sin lugar ni temor a la duda.

Por último, pero no por ello menos importante creo que en esta materia se ha sido especialmente fiel al consejo del clásico según el cual «*el futuro será mejor si lo construimos ahora*». No hay que esperar. Es preciso anticiparse. Solo el tiempo, como siempre, dará o quitará razones pero, al menos,

EL CRITERIO DE LA EFICIENCIA ECONÓMICA (*EFFICIENCY DEFENCE*) EN EL ÁMBITO DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN LA UNIÓN EUROPEA*

Mario Antonio PÉREZ MOLINA

Doctor en Derecho y colaborador del Área de Derecho Mercantil
de la Universidad de Córdoba

1. PRELIMINAR

Toda operación de concentración comporta por su propia esencia una modificación permanente en la estructura de un mercado. Ciertamente, mediante estas operaciones se reduce el número de competidores previamente independientes y se elimina la competencia que existe entre las empresas participantes. En concreto, estas operaciones presentan especiales inconvenientes cuando la nueva entidad de ellas resultante disfruta de un poder económico que le posibilita impedir el normal funcionamiento de una competencia efectiva en un sector económico determinado. Además, los efectos anticompetitivos que emanan de dichas operaciones están ligados al tipo de concentración de que se trate. Las concentraciones *horizontales* incrementan el grado de concentración y la interdependencia o interacción estratégica entre las empresas, así como la fuerza económica del nuevo operador que le facilita comportarse de forma autónoma en una industria de referencia. En cambio, las *verticales* consolidan vínculos preferentes entre las empresas partícipes, que pueden propiciar la exclusión de terceros de una determinada fuente de suministros¹.

* Este trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación de Excelencia del MICINN intitulado «Contratación mercantil y competencia empresarial: nuevas tendencias reguladoras y propuestas de conexiones normativas», del que son investigadores principales los profesores Drs. L. M.^a MIRANDA SERRANO y J. PAGADOR LÓPEZ.

¹ Véase R. ALONSO SOTO, «Derecho de la competencia (III). El control de las concentraciones de empresas», en VVAA (R. URÍA y A. MENÉNDEZ), *Curso de Derecho mercantil*, 2.^a ed., Navarra, Thomson-Civitas, 2006, pp. 335 y ss.; F. E. GONZÁLEZ-DÍAZ y J. M. CARPI BADIA, «La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español», en VVAA (dir. J. M. BENEYTO PÉREZ), *Tratado de Derecho de la competencia. Unión Europea y España*, t. I, Barcelona, Bosch, 2005, pp. 695 y ss.; C. HERRERO SUÁREZ, «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defence*) en el control de la concentración empresarial (análisis comparado entre el

Ahora bien, pese a los anteriores efectos anticompetitivos, las operaciones de concentración también son susceptibles de generar importantes *sinergias o eficiencias socioeconómicas*. Y es que muy frecuentemente permiten alcanzar economías de escala o alcance, invertir en investigación y desarrollo, lograr una mayor especialización en la maquinaria y mano de obra, obtener mayores y mejores líneas de financiación, etc. Naturalmente, estos factores inciden en un ahorro de costes con el consiguiente descenso en los precios o en la fabricación de nuevos y mejores productos o servicios. Por tanto, cabe concluir que las operaciones de concentración pueden fomentar el *progreso técnico y económico*, lo cual beneficia a los consumidores y, en suma, al bien común de la sociedad².

En un escenario como este, la autoridad *antitrust* tiene la difícil tarea de fijar un equilibrio o balance entre los efectos anticompetitivos y las ventajas socioeconómicas que dimanarían de las operaciones de concentración. Se trata de una tarea no exenta de dificultades, dada la complejidad probatoria de los alegatos fundamentados en los beneficios económicos resultantes de la operación sometida a evaluación (*ad ex.*, la cuantificación monetaria de las ganancias provenientes unidireccionalmente de la operación). No se pierda de vista en este sentido que las eficiencias son invocadas por las empresas participantes en la operación, que son quienes disponen de la información relevante en cada caso³.

Ahora bien, pese a estas dificultades, la valoración de las eficiencias desempeña un papel fundamental en la evaluación de las operaciones de concentración, al ser capaz de compensar los efectos nocivos para la competencia derivados de una concentración empresarial y, por ende, al facultar a la autoridad *antitrust* a declarar su compatibilidad con el mercado común sobre la base de considerar que las eficiencias mitigan los efectos negativos para la competencia derivados de la operación de reestructuración empresarial en cuestión.

En la Unión Europea el tratamiento de las eficiencias ha sido uno de los asuntos más debatidos dentro del sistema de control de concentraciones. Como veremos, los debates tuvieron lugar en las negociaciones dirigidas a la aprobación del Reglamento 4064/89, primera normativa de control de concentraciones aprobada en la Unión Europea. Mientras que unos Estados alegaban que a fin de dilucidar la compatibilidad (licitud) o incompatibilidad (ilicitud) de una operación de concentración solo era posible tener en cuenta criterios de índole concurrencial, otros Estados defendían, en cambio, que también era necesario valorar las sinergias o eficiencias socioeco-

Derecho *antitrust* estadounidense y el Derecho de la Competencia comunitario europeo)», en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 242, 2001, p. 1944.

² Véase C. HERRERO SUÁREZ, «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*)...», *op. cit.*, pp. 1944 y 1945; R. ALONSO SOTO, «Derecho de la Competencia (III)...», *op. cit.*, pp. 335 y 336.

³ Véase L. COLLEY, «From “defense” to “attack”? quantifying efficiency arguments in mergers», en *European Competition Law Review*, núm. 6, 2004, p. 342; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, 4.^a ed., London, Sweet & Maxwell, 2012, pp. 573 y 574; C. HERRERO SUÁREZ, «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*)...», *op. cit.*, p. 1945.

nómicas procedentes de estas operaciones, que, de verificarse, funcionarían como un *factor positivo* susceptible de contrarrestar los efectos negativos, esto es, la creación o el reforzamiento de un poder de mercado en un sector económico⁴.

Posteriormente, estos debates se retomaron a partir de las controversias que suscitaron algunas decisiones de la Comisión Europea, lo que provocó su inclusión entre los asuntos que fueron objeto de revisión en el seno del proceso de reforma del sistema de control de concentraciones comunitario⁵. Como sabemos, dicho proceso condujo finalmente a la adopción del actual Reglamento 139/2004 sobre control de concentraciones de empresas, que con el tiempo se ha visto acompañado de varias Comunicaciones. A la postre, todo ello ha supuesto un importante cambio en la política comunitaria de control de concentraciones en materia de eficiencias. Así lo reflejan las Directrices sobre la evaluación de concentraciones horizontales (en adelante, Directrices sobre Concentraciones Horizontales), donde se han concretado los requisitos que han de cumplirse de forma acumulativa para que las eficiencias tengan relevancia *antitrust*, esto es, sean consideradas como un factor positivo en la evaluación de la compatibilidad o incompatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado único europeo⁶.

En el presente trabajo, nos proponemos estudiar varios asuntos conectados todos ellos con la llamada *excepción de la eficiencia económica*. Primeramente, expondremos con carácter general los distintos tipos o clases de eficiencias asociados a las operaciones de concentración de empresas (*infra*, 2). Seguidamente, analizaremos los distintos criterios de evaluación

⁴ Véase DOCE L 395, de 30 de diciembre de 1989. En la doctrina: L. M. MIRANDA SERRANO, *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, Madrid, La Ley, 1994, pp. 346 y ss.; L. BERENQUER FUSTER, «Comentarios críticos acerca del nuevo Reglamento comunitario de concentraciones», en *Anuario de la competencia*, núm. 1, 2004, pp. 112 y ss.; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 572 y 573.

⁵ En cuanto al proceso de reforma del control de concentraciones, véase C. ESTEVA MOSSO, «El Libro Verde sobre la reforma del Reglamento de control de concentraciones», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2001, pp. 77-96; M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, «La segunda reforma del Reglamento comunitario sobre el control de concentraciones. Libro verde y propuesta de reforma», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, t. 23, pp. 1125-1157; S. MARTÍNEZ LAGE, «La reforma del Reglamento comunitario de concentraciones», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 229, 2004, pp. 3-11.

⁶ Véase DOUE L 24, de 29 de enero de 2004; Directrices sobre Concentraciones Horizontales, en DOUE C 31, de 5 de febrero de 2004, considerandos 76-88. En cuanto al Reglamento 139/2004, entre otros, véase M. A. PÉREZ MOLINA, *La evaluación de las concentraciones de empresas en la Unión Europea*, Córdoba, Publicaciones Universitarias, 2013, pp. 49 y ss.; L. M. MIRANDA SERRANO y M. A. PÉREZ MOLINA, «El control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea», en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 294, 2014, pp. 115-170; J. BRIONES *et al.*, *Merger control in the european union*, 2.ª ed., New York, Oxford University Press, 2005, pp. 143 y ss.; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 36 y ss.; M. ROSENTHAL y S. THOMAS, *European Merger Control*, München, C. H. Beck, 2010, pp. 86 y ss.; I. KOKKORIS, *Merger Control in Europe: The gap in the ECMR and National Merger Legislations*, London, Routledge, 2011, pp. 45 y ss.; U. SCHWALBE y D. ZIMMER, *Law and economics in European merger control*, New York, Oxford University Press, 2009, pp. 169 y ss.; J. COOK y C. KERSE, *EC Merger Control*, 5.ª ed., London, Sweet & Maxwell - Thomson Reuters, 2009, pp. 190 y ss.; N. CALVIÑO SANTAMARÍA, «El Reglamento 139/2004: novedades sustantivas en el sistema comunitario de control de concentraciones», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2003, pp. 57-88.

que las autoridades *antitrust* utilizan comúnmente con la finalidad de dotar a las sinergias de un posible valor compensatorio de los efectos anticompetitivos dimanantes de una operación de concentración (*infra*, 3). A continuación, nos centraremos en cómo ha evolucionado la valoración de la eficiencia económica en el ámbito singular del control europeo de concentraciones (*infra*, 4). Finalmente, pondremos la mirada en el tratamiento de las eficiencias bajo la vigencia del actual Reglamento 139/2004, así como en las Directrices sobre Concentraciones Horizontales; especialmente, examinaremos las condiciones que han de concurrir para que una defensa basada en la eficiencia económica pueda ser aceptada por la Comisión Europea (*infra*, 5).

2. LAS DISTINTAS CATEGORÍAS DE EFICIENCIAS ECONÓMICAS VINCULADAS A LAS OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Las operaciones de concentración no solo incrementan el valor de mercado de la empresa resultante, sino que también pueden producir la mejora de los sistemas de producción y/o distribución. Además, en otros casos estas operaciones facilitan la realización de actividades que coadyuvan a minimizar sus costes. Pues bien, a todos estos beneficios económicos dimanantes de las operaciones de reestructuración empresarial se les ha dado en denominar y reconocer como *sinergias o eficiencias económicas*⁷.

Estas sinergias o eficiencias económicas suelen agruparse principalmente en cuatro categorías; a saber: 1) la eficiencia productiva; 2) la eficiencia transaccional; 3) la eficiencia dinámica, y, finalmente, 4) la eficiencia asignativa⁸. A continuación prestamos atención a cada una de ellas.

A. LA EFICIENCIA PRODUCTIVA

Las operaciones de concentración permiten a las empresas alcanzar la *eficiencia productiva*. Esta eficiencia tiene lugar cuando los costes medios de producción se encuentran en el nivel más bajo en un mercado o sector económico determinado. Por lo general, esto ocurre cuando no es posible incrementar la producción de un bien sin disminuir la fabricación simultánea de otros bienes o servicios. Así, los operadores deben producir al menor coste posible o, en caso contrario, perderán sus clientes y serán obligados a abandonar el mercado. Estas eficiencias, al implicar un ahorro de costes, son las más cuantificables y, por tanto, las más admisibles y fáciles

⁷ En este sentido: N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias en el análisis de las concentraciones empresariales», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2003, p. 68.

⁸ Véase W. J. KOLASKY y A. R. DICK, «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into antitrust Review of Horizontal Merger», disponible en <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11254.pdf>, pp. 49 y ss.

de demostrar ante las autoridades encargadas de velar por la defensa de la competencia⁹.

La doctrina coincide en señalar que los operadores económicos pueden reducir sus costes medios de producción mediante el aprovechamiento de dos factores: a) las economías de escala, y b) las economías de alcance¹⁰.

a) *Las economías de escala*

Usualmente, las economías de escala están relacionadas con el tamaño de las empresas. Estas economías sobrevienen cuando las empresas pueden reducir sus costes medios de producción en la medida en que incrementen el número de usuarios de un servicio o el número de unidades producidas de un bien homogéneo. Dichas reducciones facilitan que los agentes económicos lleven a cabo una mayor inversión en investigación y desarrollo, lo que promueve el progreso técnico y económico en la sociedad¹¹.

De ahí que las economías de escala estén vinculadas a las operaciones de concentración horizontales. En efecto, este tipo de reestructuraciones empresariales posibilitan que las empresas resultantes alcancen un tamaño de planta óptimo, que disminuye los costes medios de producción a largo plazo (*ad ex.*, la unión entre dos fabricantes de un mismo bien). Sin embargo, los efectos asociados a las concentraciones horizontales son los más dañinos para el mantenimiento de una competencia efectiva. Y es que estas operaciones eliminan la competencia directa que ejercían las partes al momento previo de la transacción, refuerzan la cuota de mercado de la empresa resultante y, sobre todo, elevan el grado de concentración empresarial en el mercado¹².

⁹ La doctrina apunta que el coste medio hace referencia a lo que como promedio cuesta una unidad de producción. Véase R. TAMAMES y S. GALLEGO, *Diccionario de economía y finanzas*, 11.ª ed., Madrid, Alianza, 2002, p. 130; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 9; W. J. KOLASKY y A. R. DICK, «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies...», *op. cit.*, pp. 51-56; R. WHISH y D. BAILEY, *Competition Law*, 7.ª ed., New York, Oxford University Press, 2012, p. 5; N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», pp. 76 y 77; I. GUTIÉRREZ y A. J. PADILLA, «Economía de la competencia», en VVAA (dir. J. M. BENEYTO PÉREZ), *Tratado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 18; A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law: text, cases and materials*, 4.ª ed., New York, Oxford University Press, pp. 8 y 9; M. ODRIOZOLA y B. IRISARRY, «El argumento de las eficiencias económicas en el ámbito de control de concentraciones. ¿Un nuevo desafío o una misión imposible?», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2005, p. 243.

¹⁰ Véase A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 12.

¹¹ Véase A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p. 7; I. GUTIÉRREZ y A. J. PADILLA, «Economía de la...», *op. cit.*, pp. 45 y 46.

¹² Los efectos anticoncurrenciales de las concentraciones horizontales pueden ser de dos tipos. Por una parte, los efectos unilaterales que aluden a la creación o reforzamiento de una posición de dominio individual y al caso que la empresa resultante de la concentración empresarial que, sin alcanzar un liderazgo en el mercado, adquiere un poder de mercado susceptible de perjudicar el mantenimiento de una competencia efectiva. Además, los efectos pueden ser coordinados que hace referencia al supuesto de la posición de dominio colectiva, es decir, cuando dos empresas o más empresas disfrutaban de una dominancia conjunta. Véase L. M. MIRANDA SERRANO y M. A. PÉREZ MOLINA, «El control de las concentraciones...», *op. cit.*, pp. 137 y ss., así como la bibliografía que ahí citamos.

b) *Las economías de alcance*

Las economías de alcance consisten en la reducción de costes que derivan de la producción conjunta de bienes o servicios distintos. Dicha reducción de costes se vincula a la utilización óptima de los activos, los sistemas de producción o distribución, los recursos limitados o el *marketing*¹³.

La diferencia de los bienes puede ser real y encontrarse en su propia naturaleza. Este es el supuesto clásico de las concentraciones entre empresas que prestan sus servicios por redes de cable. Tras la unión de tales operadores puede ocurrir que la nueva entidad ofrezca bajo una misma red los servicios de internet, televisión y telefonía móvil o fija y, de esta manera, distribuya sus costes entre las distintas actividades. Ciertamente es que también los productos pueden distinguirse por su marca o gama (*ad ex.*, la fusión de empresas que producían varias marcas)¹⁴.

Las operaciones de reestructuración entre empresas que fabrican bienes o prestan servicios diferentes son susceptibles de distribuir los costes entre los productos que se integran en la nueva entidad, lo que genera un ahorro de costes que beneficia a los consumidores y usuarios. De ahí que el disfrute de las economías de alcance motive a los operadores a celebrar concentraciones de conglomerado que afectan a diversos mercados. Estas operaciones causan el denominado *efecto cartera*, esto es, proporcionan a un competidor capacidad para ofrecer una gama completa de bienes o marcas¹⁵.

B. LA EFICIENCIA TRANSACCIONAL

Otra sinergia promovida por las operaciones de reestructuración empresarial es la llamada *eficiencia transaccional*, que resulta del ahorro de costes a causa de la integración de dos fases diferentes de producción de un bien o servicio. En concreto, estos ahorros provienen de la supresión de costes originados por las operaciones o negocios que realizan las empresas en el mercado. Principalmente, esta eficiencia surge de la eliminación de los costes por información incorrecta o errónea, los comportamientos oportunistas de proveedores y los contratos que cubren los riesgos y frecuencia en que las empresas celebran negocios con otros participantes en el mer-

¹³ Véase N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 70; I. GUTIÉRREZ y A. J. PADILLA, «Economía de la...», *op. cit.*, p. 47; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 12; A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p. 7; U. SCHWALBE y D. ZIMMER, *Law and economics...*, *op. cit.*, p. 321.

¹⁴ Véase N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 70; I. GUTIÉRREZ y A. J. PADILLA, «Economía de la...», *op. cit.*, p. 47.

¹⁵ Véase W. J. KOLASKY y A. R. DICK, «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies...», *op. cit.*, pp. 58-60; N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 70. Sobre el efecto cartera: S. SANTOS LORENZO, «El “efecto cartera” un nuevo criterio de las operaciones de concentración», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 207, 2000, pp. 68-77.

cado. En algunos supuestos, la disminución de costes puede ser pecuniaria (eliminación de comisiones) y más fácil de probar. En cambio, el ahorro en otros factores como el tiempo es mucho más difícil de demostrar¹⁶.

Naturalmente, la consecución de la eficiencia transaccional induce a la celebración de concentraciones verticales, ya sea entre empresas que operan en mercados descendentes o ascendentes (*downstream* o *upstream markets*). Este puede ser el caso de una fusión entre una empresa que se encarga de la fase de producción de un producto y otra empresa que lo distribuye o comercializa. Incluso, los operadores económicos pueden constituir empresas en participación cuando sus actividades requieran una alta coordinación y, por ende, lo más razonable sea combinar su investigación y desarrollo (*ad ex.*, así ocurrirá cuando los productos afectados sean altamente especializados)¹⁷.

Este tipo de sinergia es la más amplia de todas las eficiencias y la que más permite a las empresas lograr la eficiencia productiva, dinámica y asignativa, pues les posibilita minimizar los costes de operación de los competidores, permitiéndoles invertir en innovación y desarrollo. Ahora bien, la simple transferencia del volumen de negocios o activos de un operador a otro no constituye una eficiencia transaccional real. Al contrario, es necesario que la contabilización de los servicios que desarrolla cada unidad del grupo refleje un verdadero ahorro de costes en su conjunto. De no ser así es muy probable que la operación no sea el único medio para la consecución de tales eficiencias¹⁸.

C. LA EFICIENCIA DINÁMICA

Las categorías de eficiencias anteriormente apuntadas atienden a criterios estáticos, al incidir de forma primordial en el precio. En cambio, la llamada *eficiencia dinámica* estudia los procesos de mercado que estimulan la innovación y el desarrollo de nuevos y mejores productos. Además, esta última modalidad de eficiencia tiene carácter recurrente, en la medida en que es susceptible de repetirse en el tiempo; mientras que las sinergias estáticas ocurren solo una vez¹⁹.

Las operaciones de concentración también favorecen la consecución de la eficiencia dinámica. Así ocurre cuando aceleran los procesos técnicos y

¹⁶ Véase A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 9 y 12; N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, pp. 70 y 71.

¹⁷ Véase W. J. KOLASKY y A. R. DICK, «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies...», *op. cit.*, pp. 60 y 61.

¹⁸ Véase *ibid.*, p. 58; N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 71.

¹⁹ Véase OECD, *Dynamic efficiencies in merger analysis*, 15 de mayo de 2008, DAF/COMP (2007) 41, disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/40623561.pdf>, p. 9; W. J. KOLASKY y A. R. DICK, «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies...», *op. cit.*, p. 56; M. ODRIOZOLA y B. IRISSARRY, «El argumento de las eficiencias económicas en el ámbito de control de concentraciones...», *op. cit.*, p. 24; R. WHISH y D. BAILEY, *Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

la ulterior reducción de los precios a favor de los consumidores, facilitando la financiación de actividades de investigación y desarrollo, y permitiendo el aprovechamiento del aprendizaje mediante la práctica (*learning by doing*) y las economías de escala²⁰.

De esta manera, las reestructuraciones empresariales ayudan a formar estructuras de mercado propicias a la innovación y a la difusión de avances técnicos. Estos aspectos son más proclives en los mercados de *nuevas economías*, caracterizados por el intenso cambio tecnológico (*ad ex.*, las industrias de programas informáticos o dispositivos móviles). Aunque es posible que las empresas alcancen posiciones privilegiadas en tales estructuras, estas circunstancias serán normalmente solo transitorias, puesto que deberán enfrentarse a las invenciones continuas de sus competidores tanto eventuales como potenciales. No obstante, es verosímil que tales competidores deban asumir altos costes fijos y, a su vez, disfrutar de economías de escala significativas²¹.

Por consiguiente, uno de los aspectos que suscita especial importancia en la evaluación de las concentraciones en los mercados de nuevas economías es el estudio de las barreras de entrada. En efecto, la comprobación de un mercado abierto a la competencia real o potencial garantiza su funcionamiento dinámico e innovador. Dichas condiciones garantizan el nacimiento de nuevos productos y competidores, lo que erosionará posiciones privilegiadas en el mercado de referencia²².

Ahora bien, es importante apuntar que el principal problema del estudio de la eficiencia dinámica radica en la complejidad de su cuantificación. En otras palabras, cuánto debe incrementar la calidad de los productos o cuántos nuevos productos deben fabricarse a fin de contrarrestar cualquier efecto anticompeteritivo. Estos aspectos conducen a otros problemas de valoración tales como la determinación de la prontitud y verificabilidad de sus beneficios en el mercado de referencia. Por tanto, las partes asumen un

²⁰ Véase W. J. KOLASKY y A. R. DICK, «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies...», *op. cit.*, pp. 57 y 58.

²¹ En esta dirección nos hemos pronunciado en: P. M. PÉREZ MOLINA, «Las barreras de entrada en el control *antitrust* de las concentraciones de empresas», en *La ley mercantil*, núm. 1, 2014, pp. 154 y ss. Por otra parte, otra característica de estos sectores son los llamados *efectos de red*. En estos mercados, para un consumidor el valor de un bien o servicio está subordinado al número de usuarios de tales servicios o productos. Véase OECD, *Dynamic efficiencies...*, *op. cit.*, p. 11; W. J. KOLASKY y A. R. DICK, «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies...», *op. cit.*, pp. 56-58; ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, *Report and Recommendations*, abril de 2007, disponible en http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf, pp. 58 y 59; M. L. KATZ y H. A. SHELANSKI, «Mergers and innovation», en *Antitrust Law Journal*, vol. 74, núm. 1, 2007, pp. 1-85; J. M. PÉREZ PRADO y J. PASSAS OGALLAR, «Efectos de red y competencia en mercados de nuevas tecnologías de la información», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 230, 2004, pp. 117-134; J. MAICAS LÓPEZ, Y. POLO REDONDO y F. J. SESE OLIVÁN, «El papel de los efectos de red y los costes de cambio en la elección de la compañía de telefonía móvil», en *Revista europea de dirección y economía de la empresa*, núm. 3, 2010, pp. 161-172.

²² En cuanto al análisis de las barreras de entrada: P. M. PÉREZ MOLINA, «Las barreras de entrada...», *op. cit.*, pp. 159 y 160; L. A. VELASCO SAN PEDRO, «Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia», en *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 6, 2010, pp. 13-36.

reto sustancial al probar sus alegatos fundamentados en esta eficiencia. En cualquier caso, es aconsejable que las autoridades de competencia sopesen que la innovación es un factor de vital importancia en el crecimiento económico, en la mejora para los consumidores y, en suma, en acrecentar el bien común en la sociedad²³.

D. LA EFICIENCIA ASIGNATIVA

Las eficiencias anteriores consisten primordialmente en la reducción de los costes de producción o distribución y el aumento en la innovación que reporta una operación de concentración a favor de las empresas en ella participantes. Sin embargo, la *eficiencia asignativa* permite estudiar cómo estos y otros beneficios económicos que derivan de las concentraciones empresariales se trasladan a los consumidores y, en suma, a la sociedad²⁴.

En tal sentido, la eficiencia asignativa tiene lugar cuando los operadores producen bienes u ofrecen servicios que responden a las necesidades y cantidades demandadas por los consumidores. En una estructura competitiva, la eficiencia asignativa aparece cuando el valor de los productos para los consumidores coincide con los recursos utilizados para su fabricación; en otras palabras, cuando el precio de mercado es igual al coste marginal. Si se verifica esta situación se afirma que existe un equilibrio en una estructura de mercado. Por tanto, la eficiencia asignativa es el estado en el que ninguno de los jugadores, vendedores y compradores, podría hacer mejor sus actividades a menos que alguien lo efectuara de forma deficiente, a lo que se denomina *Pareto óptimo*²⁵.

Desde una perspectiva *antitrust*, es necesario que una operación de concentración no solo implique un ahorro de costes en beneficios para las empresas participantes en la concentración, sino que además es indispensable que estos supongan una ventaja para los consumidores, ya se traduzca en

²³ En tal sentido, la Comisión norteamericana de Modernización del Derecho de la competencia reconoció la importancia del análisis de la eficiencia dinámica. Precisamente, destacó que tal eficiencia era de gran importancia en la evaluación de las concentraciones, ya que la innovación había impulsado la economía norteamericana después de la aprobación de la *Sherman Act*. Por ello, recomendó a las agencias de competencia (el DOJ y la FTC) y a los tribunales de justicia que prestaran mayor atención a las eficiencias que estimulan a las empresas a innovar. Aunque, señaló que si bien la eficiencia dinámica no suele producirse a corto plazo, ello no impide que puedan beneficiar a los consumidores a largo plazo. Esta fue una de las razones por las que aconsejó flexibilizar el tiempo en que debía producirse la entrada de nuevos competidores a fin de contrarrestar los efectos anticompetitivos que emanan de una operación de concentración. Ahora bien, tanto el DOJ como la FTC advierten que las eficiencias relativas a la investigación y el desarrollo son importantes, pero son menos susceptibles a la verificación y pueden ser el resultado de reducciones anticompetitivas de la producción. Véase ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, *Report and...*, *op. cit.*, pp. 55-60; OECD, *Dynamic efficiencies...*, *op. cit.*, pp. 9-11; U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, octubre de 2010, p. 31.

²⁴ Véase N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 77.

²⁵ En cambio, si una estructura no presenta un equilibrio se dice que es posible una *mejora de Pareto*. Véase I. GUTIÉRREZ y A. J. PADILLA, «Economía de la...», *op. cit.*, pp. 18 y 19; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 8, nota 41; A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p. 8; R. WHISH y D. BAILEY, *Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 4 y 5.

una reducción de los precios o en un aumento de la cantidad y calidad de los productos. Este es el caso típico de la creación de un monopolio natural. En principio, la formación de un monopolio puede minimizar los costes de producción; sin embargo, el monopolista, con el propósito de maximizar sus beneficios, reducirá la producción y, ulteriormente, fijará una política de incremento de precios²⁶.

3. LOS CRITERIOS DE VALORACIÓN DE LA EFICIENCIA SOCIOECONÓMICA

En la práctica, existen distintos mecanismos o criterios que buscan una respuesta a la disyuntiva entre el poder de mercado y los beneficios económicos que dimanan de las operaciones de concentración. Como veremos, cada modelo cuenta con sus propias características, pero tienden a complementarse entre sí, lo que ayuda a lograr una mayor certeza en la aprobación de una operación que, en principio, plantea riesgos anticompetitivos. A continuación desarrollamos los criterios de mayor relevancia²⁷.

A. EL ESTÁNDAR DE PRESUNCIONES

El primero de estos criterios consiste en la *fijación de presunciones*, con la finalidad última de someter a evaluación las concentraciones de grandes dimensiones. Con tal propósito se fijan cuotas de mercado y niveles de concentración por debajo de los cuales se considera que una concentración no presenta problemas de competencia.

El inconveniente principal de este criterio estriba en que su aplicación práctica se basa primordialmente en cuestiones meramente estructurales, de modo que solo se analizan de forma indirecta los beneficios socioeconómicos que emergen de las concentraciones empresariales²⁸.

B. EL ESTÁNDAR DE PRECIOS

El segundo criterio o mecanismo es el llamado *estándar de precios*, que exige que la autoridad *antitrust* evalúe si las eficiencias asegurarán

²⁶ Véase R. WHISH y D. BAILEY, *Competition Law...*, *op. cit.*, p. 5.

²⁷ Véase A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 574-577; P. D. CAMESASCA, «The explicit efficiency defence in merger control: does it make the difference?», en *European Competition Law Review*, núm. 1, 1999, pp. 18 y ss.; C. LUESCHER, «Efficiency considerations in European Merger Control - Just another battle ground for the European Commission, economists and competition lawyer», en *European Competition Law Review*, núm. 2, 2004, pp. 77 y ss.; C. HERRERO SUÁREZ, «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*)...», *op. cit.*, pp. 1949 y 1950; M. HARKER, «Antitrust Law and Administrability: consumer versus total welfare», en *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 34, núm. 3, 2011, pp. 433-447.

²⁸ Véase A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 574; P. D. CAMESASCA, «The explicit efficiency defence...», *op. cit.*, pp. 18 y 19; C. HERRERO SUÁREZ, «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*)...», *op. cit.*, pp. 1947 y 1948.

que la empresa resultante de la operación disminuirá o, en todo caso, mantendrá los precios que existían con anterioridad a su celebración. Dicho estándar parte de la premisa de que toda concentración empresarial elimina la competencia entre las partes y, por ende, de la susceptibilidad de que la nueva entidad ejerza su poder de mercado a través de un incremento en los precios. En consecuencia, es necesario comprobar que merced a las eficiencias que derivan de la concentración, la estrategia más rentable para la empresa resultante estriba en incrementar los niveles de producción y conservar los precios a un nivel competitivo. Ello se produce cuando el precio maximizador de beneficios no es mayor al precio existente con anterioridad a celebración de la operación de concentración²⁹.

Ahora bien, la aplicación del estándar de precios presenta distintos problemas en la práctica: 1.º) Por un lado, es muy difícil lograr un equilibrio entre los efectos anticompetitivos y los beneficios socioeconómicos que dimanen de la operación de concentración. 2.º) Por otro lado, este estándar, al fundamentar su análisis en el precio, descuida otros aspectos que también benefician los intereses de los consumidores y usuarios, tales como la obtención de nuevos y mejores productos o servicios mediante la inversión en investigación y desarrollo. 3.º) Finalmente, en la mayoría de las concentraciones es complicado —y en algunos supuestos imposible— cuantificar (valor monetario) tanto las ganancias en eficiencia como el posible aumento de los precios tras la operación de concentración³⁰.

C. EL ESTÁNDAR DEL BIENESTAR DEL CONSUMIDOR

El tercer mecanismo o criterio es el denominado *estándar del bienestar del consumidor*, que está relacionado con el estándar de precios. No obstante, este estándar es más amplio, ya que no solo considera la reducción de los precios sino también el aumento de la calidad, la innovación y la variedad de los productos o servicios que directamente benefician a los consumidores. En aplicación de este estándar, es muy probable que la autoridad de competencia cuestione la licitud de una operación de concentración que suponga la creación o el reforzamiento de un poder de mercado significativo y, a su vez, no presente eficiencias en beneficio de los consumidores (*ad ex.*, una operación que origine un monopolio o un oligopolio con altas barreras de entrada, es decir, una estructura de mercado inmune a la expansión o la entrada de nuevos competidores). Sin embargo, las concentraciones en las que la empresa resultante no obtenga un poder de mercado de la que deriven beneficios económicos sustanciales es improbable que planteen problemas de competencia. En estos supuestos la autori-

²⁹ Véase A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 575; C. LUESCHER, «Efficiency considerations in European Merger Control...», *op. cit.*, p. 78; C. HERRERO SUÁREZ, «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*)...», *op. cit.*, p. 1950.

³⁰ Véase A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 575 y 576; OECD, *Dynamic efficiencies...*, *op. cit.*, p. 10.

dad de competencia declarará con cierta facilidad su compatibilidad con el mercado en cuestión³¹.

Ahora bien, las dificultades aparecen cuando una operación de concentración exterioriza tanto efectos anticompetitivos como ventajas a favor de los consumidores (*ad ex.*, el caso de una concentración que habilite a la empresa resultante a incrementar los precios y, al mismo tiempo, permita la elaboración de nuevos y mejores productos). De ahí que se afirme que si bien el estándar del consumidor suple las deficiencias del estándar de precios, pues considera las mejoras en la calidad, la innovación y la variedad de los productos, sin embargo, mantiene el problema de la cuantificación (valor monetario) de los efectos positivos y negativos de la operación de concentración.

En cualquier caso, cuando las autoridades de competencia concedan una especial importancia a la salvaguarda de los intereses de los consumidores (que —no se olvide— constituye la *ratio* de la defensa de una competencia eficiente o efectiva), exigirán que las eficiencias se trasladen realmente a su esfera y, en cualquier caso, perseguirán que el crecimiento externo de las empresas resulte en un saldo positivo para aquellos. No obstante, ello no significa que todas las eficiencias deban traspasarse a los consumidores, pues tal circunstancia disuadiría a los competidores de la celebración de concentraciones que reduzcan sus costes. Más bien, las autoridades deben constatar que las eficiencias generadas por la concentración aumentarán la capacidad y el incentivo de la entidad resultante para actuar de manera procompetitiva en beneficio de los consumidores³².

D. EL ESTÁNDAR DEL BIENESTAR TOTAL

Finalmente, cabe señalar el *estándar del bienestar total*, con el cual los beneficios de los consumidores y de los productores son valorados de igual forma. Este estándar se inspira en el modelo *naive* elaborado por Williamson en 1968³³. En opinión de este autor, el incremento de los precios que ocasiona una operación de concentración al crear o reforzar un poder de mercado puede ser compensado por las ganancias en eficiencia para el bienestar total. De esta manera, las pérdidas del bienestar de los consumidores a favor de los productores son consideradas como neutras, puesto

³¹ Véase C. LUESCHER, «Efficiency considerations in European Merger Control...», *op. cit.*, pp. 77-79; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 576 y 577.

³² De esta manera, las concentraciones que produzcan eficiencias principalmente a favor de la nueva entidad serían rechazadas por las autoridades de competencia. Véase H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, 4.ª ed., West Publishing Co., United States of America, 2011, pp. 552-553; A. ARROYO APARICIO, «Consumidores y normativa protectora de la libre competencia: algunos antecedentes y las recientes iniciativas sobre “acciones por daño”», en VVAA (dir. M. J. VÁZQUEZ PENA), *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*, 1.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pp. 31 y ss. En este sentido: Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerando 77.

³³ Véase O. WILLIAMSON, «Economies as an antitrust defense: the welfare trade-offs», en *American Economic Review*, vol. 58, núm. 1, 1968, pp. 18-31.

que ello repercute positivamente en el bienestar total de la sociedad³⁴. Por ende, las transferencias de las rentas de los consumidores a los productores pueden justificar una operación de concentración que implique un aumento de los precios, siempre y cuando los beneficios a favor de estos últimos superen las pérdidas de los consumidores y, en definitiva, del bienestar total.

El modelo *naive* ha sido objeto de diversas críticas: 1.º) En primer lugar, asume que los efectos positivos y los negativos se producen de forma simultánea. Sin embargo, las eficiencias pueden generarse a largo plazo y ser inciertas, mientras que el perjuicio a la competencia puede ser inmediato y a corto plazo. Así se explica que, a fin de paliar los riesgos de argumentos de eficiencias irreales, los sistemas de control de concentraciones exijan la concurrencia de ciertos requisitos (*ad ex.*, que las sinergias sean sustanciales, prontas y verificables). 2.º) En segundo lugar, el *estándar del bienestar total* subestima el verdadero coste social, puesto que la empresa resultante, a fin de maximizar sus beneficios, puede invertir en grandes recursos con vistas a obtener o consolidar su poder de mercado; e incluso puede generarse la temible *interdependencia oligopolística* entre las empresas de un sector económico³⁵. Y naturalmente todo ello implica una flagrante violación de los intereses de los consumidores y, en suma, del bien común. 3.º) Finalmente, el modelo conserva la difícil tarea de cuantificar los efectos que favorecen no solo a los productores, sino también a los consumidores³⁶.

³⁴ Véase S. ZAMAGNI, «El bien común en la sociedad posmoderna: propuestas para la acción político-económica», en *Cultura económica*, núm. 70, 2005, pp. 23 y ss. Por ello, este autor matiza que el bien total es la suma —neutral— de los bienes indivisibles (*ad ex.*, una operación de concentración que genera ganancias de un millón para las partes y una pérdida de 300.000 —mediante un incremento de precios— a los consumidores, implicaría que al momento de calcular el bienestar total de la operación se obtendría un resultado positivo de 700.000). En cambio, el bien común es más bien el producto de los mismos. Así, afirma que el bien común es algo indivisible, ya que solo en su unidad es posible conseguirlo como ocurre en un producto de factores donde la anulación de uno de ellos, anula todo el proceso.

³⁵ En cuanto a los problemas competitivos que dimanen de las estructuras oligopolísticas: A. FERNÁNDEZ DE ARAOZ Y GÓMEZ ACEBO, «El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: Reflexiones en torno al mercado, la libre competencia y la geometría», en *Revista General de Derecho*, núms. 589-590, 1993, pp. 10057-10131; L. M. MIRANDA SERRANO, «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas en el sistema comunitario europeo de control concentraciones (STJCE Francia y otros c. Comisión de 31 de marzo de 1998)», en *Derecho de los negocios*, núm. 113, 2000, pp. 1-50; C. HERRERO SUÁREZ, «El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia comunitario», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, t. 23, 2002, pp. 113-145; M. C. NAVARRO SUAY, *Las conductas conscientemente paralelas*, Navarra, Aranzadi, 2005, pp. 29 y ss.; J. BRIONES Y A. J. PADILLA, «The Complex Landscape of Oligopolies under EU Competition Policy: Is Collective Dominance Ripe for Guidelines?», en *World Competition. Law and Economics Review*, vol. 24, núm. 3, 2001, pp. 307-318.

³⁶ La autoridad de competencia que adopte este estándar procurará la maximización del bienestar total y no la redistribución de las ganancias económicas que derivan de la operación de concentración entre los productores y los consumidores. Lo anterior se conoce como la *filosofía del dólar* —o *euro constante*— ya que la autoridad *antitrust* no realiza un juicio de valor acerca de en manos de quién se encuentra el dólar —o, en nuestro caso, el euro—. Incluso, algunos autores defienden que los productores y los consumidores no son instituciones divergentes. De esta manera, se argumenta que algunos consumidores poseen acciones e, incluso, las sociedades invierten en fondos de pensiones o en seguros de vida los cuales benefician de forma indirecta a los consumidores. Sin embargo, es importante destacar que estos argumentos persiguen destruir o, en todo caso, deslegitimar los sistemas que persiguen la salvaguarda de los intereses de los consumidores y usuarios. Véase H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, pp. 551 y 552; A. JONES Y B. SUFRIN, *EU Competition Law...*

4. EL CRITERIO DE LA EFICIENCIA DURANTE LA VIGENCIA DEL REGLAMENTO 4064/89 Y SU PROCESO DE REFORMA

A. EL DEBATE SOBRE LA PONDERACIÓN O NO DE LA EFICIENCIA SOCIOECONÓMICA DURANTE EL PROCESO DE GESTACIÓN DEL REGLAMENTO 4064/89

Desde el mismo momento en que se decidió instaurar un sistema de control de concentraciones en la Unión Europea (entonces llamada Comunidad Económica Europea), una de las cuestiones más debatidas y controvertidas fue la delimitación de los criterios con arreglo a los cuales debía juzgarse la compatibilidad o incompatibilidad de estas operaciones con el mercado único europeo. Fundamentalmente se discutía si el análisis *antitrust* solo debía efectuarse con criterios meramente competitivos (aspectos concurrenciales) o si, por el contrario, podían incluirse en él otros elementos tales como la política industrial, social o económica (aspectos extraconcurrenciales)³⁷.

op. cit., p. 13; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, p. 11; N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, pp. 79 y 80; P. D. CAMESASCA, «The explicit efficiency defence...», *op. cit.*, p. 19; J. JIMÉNEZ LAIGLESIA y J. M. JIMÉNEZ LAIGLESIA, «La revisión del análisis comunitario europeo de concentraciones horizontales: una primera aproximación al Proyecto de Comunicación (PC) de la Comisión Europea relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresa», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2002, p. 238.

³⁷ En cambio, la valoración de la eficiencia económica fue más temprana en el Derecho *antitrust* norteamericano. Inicialmente, las agencias de competencia y los tribunales centraban su análisis de forma esencial en indicadores cuantitativos como las cuotas de mercado o el grado de concentración lo cual dificultaba la consideración de las eficiencias. Incluso, los tribunales adoptaron una postura hostil frente a los planteamientos de eficiencias, pues eran consideradas como una ofensa —*eficiencias offense*—. Posteriormente, las *Merger Guidelines* de 1968 y de 1982 reflejaban una postura escéptica de las eventuales eficiencias que derivaban de las operaciones de concentración. En 1984, las Directrices fueron objeto de revisión lo cual supuso un cambio importante en la política de competencia norteamericana, pues las agencias flexibilizaron los requisitos para ponderar las eficiencias dimanantes de las concentraciones empresariales. Por una parte, las autoridades fijaron una presunción del carácter procompetitivo de las concentraciones (cuotas de mercado y niveles de concentración) y, también, aumentaron las categorías de eficiencias a ponderar. Por otra parte, se reconoció la posibilidad de autorizar una operación de concentración presuntamente anticompetitiva en atención a parámetros de eficiencia económica. Para ello, se concretó el cumplimiento de dos requisitos: a) que los beneficios económicos debían ser específicos de la operación de concentración, y b) que tales beneficios fueran mayores a los efectos anticompetitivos. Posteriormente, la adopción de las *Horizontal Merger Guidelines* de 1992 confirmaron los principios enunciados en las directrices anteriores. En 1997, las agencias norteamericanas sometieron a revisión las Directrices de 1992 con el propósito de esclarecer los criterios mediante los que se analizarían las eficiencias. En concreto, la Sección 4.ª preveía que los beneficios económicos alegados por las partes habían de ser *específicos, sustanciales y verificables*. A su vez, mantenía la regla de proporcionalidad de las eficiencias, es decir, cuanto más altos fueran los riesgos anticompetitivos, mayores debían de ser las eficiencias económicas. En la actualidad, estos criterios se conservan y encuentran contemplados en la Sección 10.ª de las *Horizontal Merger Guidelines* de 2010. Asimismo, las Directrices señalan que el análisis de las eficiencias tiene como criterio guía la protección de los consumidores. Por tanto, las agencias de competencia y los Tribunales estadounidenses estiman la eficiencia como una posible defensa frente a los efectos contrarios a la competencia (*efficiency defense*). Para un estudio de la evolución de las consideraciones de eficiencia económica en el Derecho *antitrust* norteamericano, véase U. S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, pp. 29-32; H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, pp. 549-556; L. RÖLLER, J. STENNEK y F. VERBOVEN, «Efficiency gains from mergers», en *The Research Institute of Industrial*

En especial, la última etapa del proceso de negociación del Reglamento 4064/89 fue objeto de un gran debate político entre las distintas delegaciones de los Estados miembros. Por un lado, Reino Unido y Alemania defendían que los únicos criterios a tener en cuenta en la evaluación de las concentraciones empresariales tenían que ser de naturaleza estrictamente concurrencial, sin que debiera darse cabida alguna a factores de otra naturaleza. Por otro lado, otros Estados y, muy especialmente, Francia argumentaban que para autorizar o no una operación de concentración era necesario realizar un balance económico global de los efectos positivos y negativos resultantes de la operación objeto de evaluación. Los efectos positivos comprendían el progreso técnico y económico, el desarrollo regional, la política industrial y, en definitiva, los intereses de los consumidores. Los negativos, en cambio, pivotaban sobre la verificación de si la operación de concentración enjuiciada creaba o no una posición dominante en el mercado afectado. Según las tesis partidarias del balance económico global, era posible autorizar una operación de concentración lesiva de la competencia sobre la base de los beneficios económicos que de ella se derivaban.

Como apuntó la doctrina, en el trasfondo del debate al que acabamos de referirnos se vislumbraban dos posturas contrapuestas acerca del alcance que había de conferirse al valor normativo de la libre competencia en el ámbito del control de las concentraciones de empresas. Y es que mientras Alemania y Reino Unido venían a sostener que la libre competencia era un *valor absoluto* y, por tanto, que no era posible que los efectos negativos de una operación de concentración fueran compensados mediante la toma en consideración de otras cuestiones extraconcurrentiales como la eficiencia socioeconómica, en cambio, Francia y el resto de Estados venían a entender que la competencia era un *valor relativo*, lo que les llevaba a aceptar que una operación de concentración que suscitara problemas de competencia podía ser declarada compatible con el mercado común, de modo que la autoridad *antitrust* estaba facultada a efectuar un juicio de legalidad a la luz de otros criterios de índole extraconcurrential³⁸.

Finalmente, el legislador comunitario optó por una fórmula *ecléctica* en el Reglamento 4064/89³⁹. Así se deducía del apartado primero de su art. 2,

Economics, documento de trabajo núm. 543, 2000, pp. 57-63; ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, *Report and...*, *op. cit.*, pp. 57 y 58; L. COLLEY, «From "defence" to "attack"...», *op. cit.*, pp. 342 y 343; P. D. CAMESASCA, «The explicit efficiency defence...», *op. cit.*, pp. 19-21; C. HERRERO SUÁREZ, «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defence*)...», *op. cit.*, pp. 1951 y ss.; N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, pp. 81-85.

³⁸ Véase L. M. MIRANDA SERRANO, *Las concentraciones económicas de empresas...*, *op. cit.*, pp. 346 y ss.; C. HERRERO SUÁREZ, «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defence*)...», *op. cit.*, p. 1960; L. BERENQUER FUSTER, «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento...», *op. cit.*, pp. 112 y 113.

³⁹ En este sentido: L. BERENQUER FUSTER, «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento...», *op. cit.*, p. 113; L. M. MIRANDA SERRANO, *Las concentraciones económicas de empresas...*, *op. cit.*, pp. 366 y ss. Contra: A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las concentraciones de empresas*, Madrid, Colex, 2006, p. 210. Estos últimos autores, apuntan que, entre las dos posturas que acaecieron en la negociación del Reglamento 4064/89, ganó la defendida por Gran Bretaña y Alemania, pues dicho Reglamento no disponía expresamente una defensa en base a las eficiencias

donde se disponía que la Comisión, al examinar una determinada operación de concentración, debía valorar criterios tanto concurrenciales (*ad ex.*, la posición de las empresas afectadas, las barreras de entrada, el poder de la demanda, la competencia potencial, etc.) como extraconcurrenciales. Estos últimos se inferían especialmente de la alusión que la norma realizaba a «la evolución del progreso técnico y económico siempre que este fuera en beneficio de los consumidores y no constituyera un obstáculo para el funcionamiento de la competencia». Con ello el legislador trataba de lograr un equilibrio entre las dos posturas enfrentadas a lo largo del debate suscitado en el seno de las tareas prelegislativas conducentes a la aprobación del Reglamento 4064/89, lo que fue indispensable a fin de conseguir la unanimidad requerida para la aprobación de dicho texto normativo. Por tanto, en lo que aquí especialmente interesa, es posible afirmar que bajo la aplicación del Reglamento 4064/89 nada impedía a la autoridad *antitrust* tomar en consideración el valor de la eficiencia económica en la evaluación de las operaciones de concentración⁴⁰.

B. EL CRITERIO DE LA EFICIENCIA BAJO LA VIGENCIA DEL REGLAMENTO 4064/89

Ahora bien, pese a lo que acabamos de sostener, lo cierto es que en la práctica la Comisión se mostraba reacia a tener en cuenta los beneficios económicos dimanantes de las operaciones de concentración. Esto obedece a que la Comisión entendía inicialmente que el Reglamento 4064/89 no permitía justificar la compatibilidad de una concentración con el mercado común sobre la base de las eficiencias que generaba la operación objeto de evaluación. En opinión de la Comisión, las eficiencias habían de ser ponde-

económicas. A nuestro juicio, esta interpretación es muy rígida y no es acorde con la experiencia comunitaria en materia de la eficiencia económica. Por tanto, no compartimos tales argumentos. Algo similar acontece con la valoración de la doctrina de la *failing company*, pues el Reglamento 4064/89 no contemplaba expresamente su ponderación. Aun así, la autoridad *antitrust* y los tribunales de justicia europeos admitieron su incorporación en la evaluación de compatibilidad e incompatibilidad de las concentraciones con dimensión comunitaria en aplicación de tal normativa. Sobre la *failing firm defense* en el control europeo de concentraciones: L. M. MIRANDA SERRANO, «La doctrina de la “*failing company*” y el Derecho europeo de concentraciones (las concentraciones de recuperación o saneamiento económico)», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 185, 2000, pp. 183-216; C. HERRERO SUÁREZ, «La excepción de empresas en crisis (*failing firm defense*) en el control de la concentración empresarial. Análisis comparado entre el Derecho *antitrust* estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo», en *Revista de Derecho bancario y bursátil*, núm. 84, 2001, pp. 144-170; I. KOKKORIS, «Failing firm defense in the European Union: a panacea for mergers?», en *European Competition Law Review*, núm. 9, 2006, pp. 494-509.

⁴⁰ Asimismo, es importante destacar que el considerando 13 (actualmente, considerando 23) del Reglamento 4064/89 obligaba a la Comisión Europea a situar el análisis de las concentraciones empresariales dentro de los objetivos que perseguía el TCEE, entre los que destacaban el reforzamiento de la cohesión tanto económica como social y la consolidación del mercado común. También, la nota interpretativa del art. 2 disponía que el concepto de progreso técnico o económico debía entenderse en atención de los principios del art. 85.3 TCEE (actualmente, art. 101.3 del TFUE). Véase L. M. MIRANDA SERRANO, *Las concentraciones económicas de empresas...*, *op. cit.*, pp. 352-357; L. BERENGUER FUSTER, «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento...», *op. cit.*, p. 113; I. KNABLE GOTTS y C. S. GOLDMAN, «The role of efficiencies in M&A global antitrust review: still in flux?», en *Fordham Competition Law Institute: International Antitrust Law & Policy*, 2003, p. 220.

radas en la evaluación general conducente a constatar si la operación creaba o reforzaba una posición de dominio, pero no podían ser consideradas un medio específico para contrarrestar dicha situación⁴¹.

Además, es importante destacar que el entonces criterio o test de dominio obligaba a la autoridad *antitrust* a constatar la formación o consolidación de una posición privilegiada en el mercado, lo que implicaba primordialmente el estudio de elementos estrictamente estructurales tales como, entre otros, las cuotas de mercado o el nivel de concentración.

A la vista de lo anterior, no puede causar extrañeza o sorpresa que la práctica comunitaria en aplicación del Reglamento 4064/89 versara principalmente sobre la incidencia de las operaciones de concentración en la estructura competitiva de los mercados. La política de la Comisión Europea tenía como propósito la protección y el desarrollo de mercados competitivos; en otras palabras: asegurarse que el suministro en un sector económico fuera de tal dimensión que el juego de la libre competencia fuese posible. De ahí que en la práctica se obviarán las eventuales eficiencias socioeconómicas derivadas de las operaciones de concentración⁴².

Prueba evidente de la certeza de lo que acabamos de afirmar fue el asunto *Aérospatiale-Alenia/De Havilland*⁴³. Las empresas partícipes alegaron que uno de los principales motivos de la operación de concentración era la reducción de costes que derivaba de la racionalización de las compras, la comercialización y los servicios de mantenimiento. Sin embargo, la Comisión Europea no valoró la pertinencia de la eficiencia económica (principalmente, la reducción de costes) en su evaluación. No obstante, concluyó: *a*) que la reducción de costes tenía un efecto limitado en relación con el volumen de ventas totales de la empresa resultante; *b*) que los ahorros de costes debidos a una mejor gestión de *De Havilland* se

⁴¹ Véase OECD, *Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements*, OCDE/GD(96)65, disponible en <http://www.oecd.org/regreform/sectors/36344429.pdf>, p. 53.

⁴² Véase J. BRIONES *et al.*, *El control de concentraciones en la Unión Europea: la práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento (CEE) 4064/89 por el Reglamento (CE) 1310/97*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 269; COLLEY, L. «From “defence” to “attack”...», *op. cit.*, p. 343.

⁴³ Véase Decisión de la Comisión Europea, de 5 de octubre de 1991, asunto IV/M.53, *Aérospatiale-Alenia/De Havilland*, en DOCE L 334, de 5 de diciembre de 1991, pp. 42-61. También: Decisión de la Comisión Europea, de 9 de noviembre de 1994, asunto IV/M.469, *MSG/Media Service*, en DOUE L 364, de 31 de diciembre de 1994, considerandos 100 y 101; Decisión de la Comisión, de 19 de julio de 1995, asunto IV/M.490, *Nordic Satellite Distribution*, en DOUE L 53, de 2 de marzo de 1996, considerandos 145-152. En los últimos dos casos, las operaciones de concentración creaban una posición de dominio en los mercados afectados. La Comisión entendía que dicha situación obstaculizaba significativamente la competencia, puesto que las empresas resultantes serían capaces de bloquear los mercados de referencia. Por tanto, la Comisión dejaba claro que una posición dominante que, por definición obstaculizaba la competencia, no podía ser autorizada en aplicación del art. 2, apartado 1, del Reglamento 4064/89, esto es, mediante alegatos basados en la eficiencia económica —progreso técnico o económico— que emanara de la operación de concentración. A la luz de estos casos, algunos autores apuntaban que la praxis comunitaria consideraba las eficiencias como un ataque o una ofensa. Esta actitud obedecía al temor de la autoridad comunitaria a que las operaciones de concentración facilitarían a las empresas una mejor posición frente a sus competidores. Véase A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p. 939; M. ROSENTHAL y S. THOMAS, *European Merger...*, *op. cit.*, p. 214, nota 1101.

podían obtener por otros medios distintos a la operación de concentración, y, finalmente, c) que si bien era posible que la operación implicara un progreso técnico y económico, los consumidores no serían beneficiados, toda vez que la operación produciría el efecto indeseado de reducir gravemente la variedad de los productos existentes con anterioridad a su celebración⁴⁴.

La política de la Comisión y, dentro de ella, la interpretación que esta institución venía haciendo de las eficiencias o sinergias fue duramente cuestionada a raíz de distintas decisiones, tales como la dictada en el asunto *Airtours/First Choice*⁴⁵. En particular, en materia de eficiencias el punto álgido se alcanzó con la Decisión de 3 de julio de 2001, asunto *General Electric/Honeywell*⁴⁶. Dicha decisión originó una gran polémica a ambos lados del atlántico especialmente por las discrepancias entre la Comisión y el Departamento de Justicia estadounidense (en adelante, DOJ) en el análisis de los efectos sobre la competencia que provocaba la operación. La concentración notificada consistía en la adquisición por General Electric de la totalidad del capital de Honeywell, que afectaba a distintos mercados, al tratarse de una concentración de naturaleza conglomeral. El principal sector afectado fue el de motores para aviones de gran capacidad, en donde General Electric era uno de los principales operadores.

En Norteamérica, el DOJ decidió no bloquear la operación ante los tribunales de justicia al comprobar que General Electric no ostentaba una posición de dominio en tal estructura, ya que su cuota de mercado se debía al contrato de suministro con Boeing para el avión 737. De ahí que sostuviera que la nueva entidad desarrollaría sus actividades en un sector altamente competitivo, pues debía enfrentarse a operadores con gran poder de mercado y financiero como Pratt & Whitney y Rolls Royce. Además, junto a lo anterior valoró también positivamente que de la operación de concentración derivaran importantes beneficios económicos para los consumidores,

⁴⁴ Véase Decisión de la Comisión Europea, de 5 de octubre de 1991, asunto IV/M.53, *Aéropostale-Alenial/De Havilland*, considerandos 65-71.

⁴⁵ Véase Decisión de la Comisión Europea, de 22 de septiembre de 1999, asunto IV/M.1524, *Airtours/First Choice*, en *DOUE* L 93, de 13 de abril de 2000, considerandos 51 y ss.; Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 6 de junio de 2002, asunto T-342/99, *Airtours contra Comisión*, en *Rec. 2002*, pp. II-2592 y ss. También: A. COSTAS COMESAÑA y J. R. BORREL ARQUÉ, «La política europea de control de concentraciones en entredicho: el caso *Airtours/First Choice*», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, pp. 203-220; C. MARTÍNEZ GARCÍA, «El caso *Airtours*: ¿una nueva definición de dominio colectivo?», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 1999, pp. 335-350.

⁴⁶ Véase Decisión de la Comisión Europea, de 3 de julio de 2001, asunto COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*, considerandos 3-6. Sobre esta decisión: L. ORTIZ BLANCO *et al.*, *Manual de Derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos, 2008, p. 327; I. KNABLE GOTTS y C. S. GOLDMAN, «The role of eficiencias in M&A...», *op. cit.*, pp. 224-227; G. SOLANA GONZÁLEZ, «Diferencias entre Estados Unidos y la Unión Europea en materia de control de concentraciones», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2001, pp. 38-41; D. PLATT MAJORAS, «Ge-Honeywell: the U.S. Decision», disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/9893.pdf>, pp. 2 y ss.; D. E. PATTERSON y C. SHAPIRO, «Transatlantic Divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons», en *Antitrust*, núm. 16, 2001, pp. 18-26; A. BURNSIDE, «GE, Honey, I sunk the merger», en *European Competition Law Review*, 2001, núm. 2, pp. 107-110; A. WEITBRECHT, «E.U. Merger Control in 2001- The year of controversy», en *European Competition Law Review*, núm. 8, 2002, pp. 408-409; M. PLANZ y C. CAFFARRA, «The economics of G. E. Honeywell», en *European Competition Law Review*, núm. 3, 2002, pp. 115-121.

puesto que la nueva entidad sería capaz de ofrecer paquetes agrupados de productos y servicios⁴⁷.

Por el contrario, la Comisión Europea declaró que la operación de concentración era incompatible con el mercado común, al considerar primordialmente que General Electric ocupaba una posición de dominio en dicho mercado y, además, que tras la operación de concentración se reforzaría su poderío en virtud de los efectos de conglomerado —*range o conglomerate effects*—⁴⁸. De ahí que argumentara que los competidores no estaban en condiciones de limitar el comportamiento de la nueva entidad, pues esta realizaría la venta por paquetes de productos y servicios de las empresas participantes —*mixed bundling*—, lo que incrementaría los costes fijos de los rivales que, a largo plazo, saldrían del mercado. Por consiguiente, la Comisión concluyó que la operación de concentración consolidaba una posición de dominio que lesionaba los intereses de los consumidores⁴⁹.

Se comprueba tras lo expuesto que mientras en este asunto el DOJ contempló las eficiencias como un factor positivo de la concentración, la Comisión, en cambio, las consideró como una agravante de los efectos nocivos dimanantes de la operación.

A partir de las críticas a esta decisión, el enfoque de la Comisión cambió considerablemente. Fue justamente entonces cuando el comisario de la Política de Competencia, Mario Monti, se manifestó partidario de considerar que ciertas operaciones de concentración producen eficiencias significativas y duraderas que son trasladables a los consumidores. Al mismo tiempo, Monti matizó que, desde la perspectiva *antitrust*, las eficiencias relevantes son las que implican una reducción a largo plazo de los costes marginales de producción, siempre que emanen directamente de la operación de concentración. Esto significaba que las eficiencias no podían lograrse por otros medios menos restrictivos y, en definitiva, que los beneficios habían de transferirse efectivamente a los consumidores en forma de precios más bajos o nuevos y mejores productos⁵⁰.

⁴⁷ Véase D. E. PATTERSON y C. SHAPIRO, «Transatlantic Divergence in GE/Honeywell...», *op. cit.*, pp. 20 y 21; A. WEITBRECHT, «E.U. Merger Control in 2001...», *op. cit.*, pp. 408 y 409; D. PLATT MAJORAS, «Ge-Honeywell...», *op. cit.*, pp. 2-5. Así, el DOJ, al eliminar las ventas que provenían del contrato, las cuotas de mercado de los operadores eran las siguientes: General electric, 44 por 100; Pratt & Whitney, 23 por 100, y Rolls Royce 27 por 100. Mientras que la Comisión al calcular la cuota de mercado de General Electric no descontó dicho contrato por lo que afirmó que tal operador ostentaba un 65 por 100 del mercado de motores de gran capacidad y, por tanto, concluyó que se encontraba en una posición de dominio en el sector económico relevante.

⁴⁸ Véase Decisión de la Comisión Europea, de 3 de julio de 2001, asunto COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*, considerando 341.

⁴⁹ Véase Decisión de la Comisión Europea, de 3 de julio de 2001, asunto COMP/M.2220, *General Electric/Honeywell*, considerandos 412-416; D. PLATT MAJORAS, «Ge-Honeywell...», *op. cit.*, pp. 5-6. Naturalmente, la Comisión Europea al negar que la operación producía una reducción de costes no estaba obligada a responder si en el control de concentraciones era posible tener en cuenta cuestiones extraconcurrentiales como la eficiencia económica.

⁵⁰ Véase M. MONTI, *Antitrust in the US and Europe: a history of convergence*, discurso de 14 de noviembre de 2001, Washington, p. 7 (disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-01-540_en.htm).

C. LA INCLUSIÓN DEL CRITERIO DE LA EFICIENCIA EN EL PROCESO DE REFORMA DEL SISTEMA EUROPEO DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

El cambio de rumbo en la política comunitaria de la competencia se hizo evidente con la publicación del Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 4064/89 (en adelante, Libro Verde)⁵¹. Si bien es cierto que dicho Libro fue el inicio del proceso de gestación del nuevo criterio sustantivo de evaluación de las concentraciones empresariales de dimensión comunitaria, es decir, el de la obstaculización significativa de la competencia efectiva, no menos cierto es que al mismo tiempo puso nuevamente sobre la mesa el viejo debate sobre la apreciación de los criterios concurrenciales y extraconcurrenciales (enmarcándose entre estos últimos —como bien sabemos— las eventuales eficiencias socioeconómicas dimanantes de la operación de concentración).

En particular, en el Libro Verde la Comisión Europea invitó a presentar observaciones en relación con el papel que las eficiencias habían de desplegar en el sistema de control de concentraciones⁵². La mayoría de las respuestas obtenidas se mostraron partidarias de tomarlas en consideración. Para ello propusieron que el sistema de control de concentraciones debía permitir a las partes implicadas en una operación efectuar una defensa sobre la base de las eficiencias que de ella se derivaban, a fin de mitigar los posibles riesgos anudados a la creación o el reforzamiento de una posición de dominio⁵³.

Más tarde el Ejecutivo comunitario abordó el análisis de las eficiencias en la Propuesta de Reglamento de 28 de enero de 2003⁵⁴. En este texto prelegislativo el Ejecutivo confirmaba que el criterio de dominio y la letra b) del apartado 1 del art. 2 del Reglamento 4064/89 habilitaban a la autoridad *antitrust* a examinar las posibles ganancias en eficiencia que producía la operación analizada⁵⁵.

La Comisión mantuvo también esta misma línea interpretativa en el Proyecto de Comunicación relativo a la evaluación de las concentraciones

⁵¹ Véase Comisión de las Comunidades Europeas, *Libro Verde sobre la revisión del Reglamento 4064/89*, Bruselas, 11 de diciembre de 2001, COM (2001), apartados 170-172.

⁵² Véase Libro Verde, apartado 172. También, sobre este aspecto: M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, «La segunda reforma del Reglamento comunitario sobre el control de concentraciones...», *op. cit.*, pp. 1153 y ss.

⁵³ Aunque las respuestas al Libro Verde tenían como común denominador la valoración positiva de las eficiencias, divergían en cuanto a la forma de llevarlo a cabo. Por una parte, un sector acogió una postura conservadora y proponían que las eficiencias debían ser: inherentes a la operación de concentración, que supusieran un ahorro en los costes marginales de producción y que los beneficios se trasladaran a los consumidores. Dicho grupo, recomendaba que todas estas cuestiones tenían que ser alegadas y probadas por las empresas participantes en la operación de concentración. En cambio, otro grupo adoptó un enfoque liberal y defendían que no era indispensable que las ventajas económicas emanaran directamente de la operación proyectada. Véase M. MONTI, *Review of the EC Merger Regulation-Roadmap for the reform Project*, discurso de 4 de junio de 2002, Bruselas, pp. 5-7 (disponible en http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-02-252_en.htm).

⁵⁴ Véase Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones de empresas, en *DOUE C 20*, 28 de enero de 2003.

⁵⁵ Véase Propuesta de Reglamento, de 28 de enero de 2003, considerandos 49 y 50. En este sentido: M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, «La segunda reforma del Reglamento comunitario sobre el control de concentraciones...», *op. cit.*, p. 1153.

horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas (en adelante, Proyecto de Comunicación sobre Concentraciones Horizontales). En concreto, en este documento introdujo un apartado específico sobre las eficiencias, al tiempo que desarrolló los criterios que habían de concurrir para que estas fueran un mecanismo susceptible de compensar los efectos negativos resultantes de la operación de concentración⁵⁶. Sostuvo, en efecto, la Comisión en este texto jurídico —aunque quizás de forma algo prematura— que para adquirir relevancia *antitrust* en la evaluación de las concentraciones las eficiencias habían de cumplir las exigencias de ser específicas, sustanciales, rápidas, verificables y en beneficio de los consumidores y usuarios⁵⁷.

5. EL CRITERIO DE LA EFICIENCIA BAJO LA VIGENCIA DEL REGLAMENTO 139/2004

A. PRELIMINAR: LA APELACIÓN EXPRESA A LA EFICIENCIA EN EL REGLAMENTO 139/2004

A partir de la entrada en vigor del Reglamento 139/2004 el sistema de control de concentraciones de la Unión Europea reconoció expresamente el papel de la eficiencia económica en la evaluación de las operaciones de concentración de empresas. Así se infiere del considerando 29 del Reglamento, donde se afirma lo siguiente:

«Para determinar la repercusión de una concentración sobre la competencia en el mercado común, conviene tener en cuenta las posibles eficiencias invocadas y motivadas por las empresas afectadas. Es posible que las eficiencias derivadas de la concentración contrarresten los efectos sobre la competencia y, en particular, el perjuicio potencial para los consumidores que en caso contrario podría resultar de la concentración, y que, como consecuencia de ello, esta no obstaculice de forma significativa la competencia efectiva, particularmente a consecuencia de la creación o el refuerzo de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo».

Cierto es que este reconocimiento del papel de la eficiencia se realiza extramuros de la letra *b*) del apartado 1 del art. 2 del Reglamento 139/2004, pues en dicho precepto la principal modificación introducida por el legislador en 2004 (Reglamento 139/2004) consiste, en lo que aquí interesa, en la sustitución del término «evolución» (del que hablaba el Reglamento 4064/89) por el de «desarrollo». Sin embargo, esto no significa que dicha modificación no conlleve un cambio sustancial en cuanto a la valoración de las eficiencias o que tras el Reglamento 139/2004 se mantenga la situación de incertidumbre que, como hemos visto, existía bajo la vigencia del Reglamento 4064/89.

⁵⁶ Véase Proyecto de Comunicación sobre Concentraciones Horizontales, en *DOUE* C 331, de 31 de diciembre de 2002, considerandos 87-95.

⁵⁷ Véase Proyecto de Comunicación sobre Concentraciones Horizontales, considerando 90.

En este sentido, es importante destacar que la cuestión del valor de la eficiencia económica tiene una estrecha vinculación con el test o criterio sustantivo con el que se analiza la licitud o la ilicitud de una operación de concentración de dimensión comunitaria⁵⁸. Bajo la vigencia del Reglamento 4064/89, la aplicación del criterio de dominio obligaba a la Comisión a examinar aspectos meramente concurrenciales tales como el número de operadores presentes en el mercado, las cuotas de mercado de cada uno de ellos, el nivel de concentración existente y las barreras de entrada. Sin embargo, a partir de la entrada en vigor del Reglamento 139/2004, la aplicación del nuevo criterio de la obstaculización significativa de la competencia proporciona a la Comisión una mayor flexibilidad para apreciar otras cuestiones no estrictamente concurrenciales tales como las ganancias en eficiencias derivadas de la operación enjuiciada, o el caso especial de las concentraciones en las que una de las empresas participantes se encuentra en situación de crisis⁵⁹.

A la vista de lo anterior, no es difícil comprender la *ratio* de la técnica jurídica por la que opta el legislador comunitario en el Reglamento 139/2004: mantener casi intacta la redacción de la letra *b*) del apartado 1 del art. 2 del Reglamento 4064/89, sobre la base de considerar que el actual criterio sustantivo facilita la valoración de otras cuestiones distintas de las puramente concurrenciales. Así pues, cabe afirmar que la actual normativa sobre el control de concentraciones consagra definitivamente la doctrina de la excepción de la eficiencia económica o *efficiency defence*, con arreglo a la cual los beneficios económicos que derivan de una operación de concentración pueden compensar los posibles efectos anticompetitivos de ella dimanantes, y, en especial, la posible lesión a los intereses de los consumidores y usuarios⁶⁰.

El examen de las eficiencias en el análisis global de las operaciones de concentración reviste gran importancia cuando la operación de concentración presenta *prima facie* problemas de competencia, ya que si las partes alegan y demuestran que tal circunstancia es mitigada por las ganancias económicas derivadas de la operación, podrá cortocircuitarse la declaración de incompatibilidad de la concentración notificada. Ahora bien, para que esto ocurra las ventajas económicas deben analizarse a la luz del criterio que ha dado en denominarse y reconocerse como «bienestar del consumidor»⁶¹.

⁵⁸ Véase L. BERENGUER FUSTER, «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento...», *op. cit.*, p. 114.

⁵⁹ Así nos hemos pronunciado en: L. M. MIRANDA SERRANO y M. A. PÉREZ MOLINA, «El control de las concentraciones...», *op. cit.*, pp. 142 y ss. También, véase N. CALVIÑO, «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias...», *op. cit.*, p. 74; M. ODRIÓZOLA y B. IRISSARRY, «El argumento de las eficiencias económicas en el ámbito de control de concentraciones...», *op. cit.*, p. 243.

⁶⁰ Véase A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 935 y 936; C. H. HERRERO SUÁREZ, «Control de las concentraciones de empresas», en VVAA (COORD. L. A. VELASCO SAN PEDRO), *Derecho europeo de la competencia: antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid, Lex Nova, 2005, p. 479.

⁶¹ Véase H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy...*, *op. cit.*, p. 551; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, *op. cit.*, pp. 584 y ss.; A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law...*, *op. cit.*, p. 936.

Esto último se infiere del tenor literal del art. 2, apartado 1, del Reglamento 139/2004, donde se dispone que «en esta evaluación la Comisión tendrá en cuenta [...] el desarrollo del progreso técnico o económico, siempre que este sea en beneficio de los consumidores y no constituya un obstáculo para la competencia». En esta misma dirección, pero con mayor claridad, se pronuncia la Comisión en sus Directrices sobre Concentraciones Horizontales, donde pone de manifiesto que «el punto de referencia para la evaluación de las eficiencias invocadas es que los consumidores no se vean perjudicados por la operación de concentración»⁶².

Lo anterior responde a la máxima según la cual la protección de la competencia incide positivamente en los consumidores y, en suma, en el bien común de la sociedad. De esta manera se logra una eficiencia tanto económica como social. Desde un punto de vista práctico, la adopción de este criterio o estándar implica que la Comisión puede tener en cuenta los beneficios económicos que se traducen tanto en la disminución de los precios como en nuevos o mejores productos o servicios. En otras palabras, la autoridad *antitrust* puede ponderar la totalidad de las categorías de las eficiencias a las que nos hemos referido con anterioridad: la productiva, la transaccional, la asignativa y la dinámica⁶³. De modo que integran la noción de eficiencias relevantes en el ámbito de la Unión Europea todos los beneficios económicos resultantes de las concentraciones de empresas, siempre que sean a favor de los consumidores y usuarios.

B. CONDICIONES EXIGIDAS A LAS EFICIENCIAS PARA QUE POSEAN RELEVANCIA *ANTITRUST* EN EL CONTROL DE CONCENTRACIONES

Las Directrices sobre Concentraciones Horizontales aclaran que para incluir las eficiencias en la evaluación general de las concentraciones, estas han de reunir de forma acumulativa las tres condiciones siguientes: *a)* en primer lugar, han de ocasionar un impacto positivo sobre los consumidores; *b)* en segundo lugar, ha de tratarse de eficiencias que sean consecuencia directa de la operación de concentración y, en consecuencia, no susceptibles de generarse por otros instrumentos menos restrictivos de la competencia, y *c)* por último, es esencial que se trate de eficiencias o sinergias verificables.

Según apuntamos más arriba, corresponde a las partes presentar las pruebas pertinentes a fin de demostrar el cumplimiento de cada uno de estos extremos (*onus probando*). Esto obedece a que la mayor parte de la información necesaria para determinar si la concentración empresarial puede ser autorizada merced a las eficiencias se encuentra en posesión de las empresas participantes. A continuación desarrollamos cada una de las

⁶² Véase Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 79. De igual manera, las *Horizontal Merger Guidelines* apuntan que «las leyes *antitrust* proporcionan competencia, no eficiencia operativa interna, las que otorgan primacía a la protección de los consumidores». En este sentido: U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 31.

⁶³ Véase *supra* apartado 2.

condiciones que han de cumplir las eficiencias para que puedan ser tenidas en cuenta por la autoridad *antitrust*⁶⁴.

a) *El beneficio para los consumidores*

El primer requisito consiste en que las eficiencias alegadas por las partes han de ser en beneficio de los consumidores. Esto implica que la autoridad *antitrust* no solo ha de verificar que los intereses de los consumidores no van a ser lesionados por la operación objeto de evaluación, sino que además obtendrán de ella ganancias económicas sustanciales que, además, se materializarán con prontitud, es decir, en un tiempo razonable. En principio, la operación ha de reportar ganancias a los consumidores de los mercados de referencia en los que, de otra manera, podrían suscitarse problemas de competencia. En otras palabras, la Comisión no compensará las eficiencias que beneficien un sector económico con el aumento del poder de mercado en otro⁶⁵.

Usualmente, las eficiencias económicas motivan a la empresa resultante a actuar de forma procompetitiva en beneficio de los consumidores, aunque al mismo tiempo pueden atenuar o eliminar los posibles efectos anticom-

⁶⁴ Así, las directrices comunitarias siguen muy de cerca las líneas fijadas por el DOJ y la FTC para valorar la eficiencia económica en el control de las concentraciones empresariales. En concreto, las *Horizontal Merger Guidelines* estipulan que las agencias solo considerarán las eficiencias que sean específicas, sustanciales y verificables. Véase U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, pp. 29-31; Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerando 78. Asimismo: H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy...*, op. cit., pp. 551 y ss.; A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law...*, op. cit., pp. 940 y 941; S. BISHOP y M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3.ª ed., London, Sweet and Maxwell, 2010, pp. 414-415; M. ROSENTHAL y S. THOMAS, *European Merger...*, op. cit., pp. 216-223; H. IVERSEN, «The efficiency defence in EC merger control», en *European Competition Law Review*, núm. 9, 2010, pp. 370-375; F. KOÇMUT, «Efficiency Considerations and Merger Control- Quo Vadis, Commission?», en *European Competition Law Review*, núm. 1, 2006, pp. 21-26; R. WHISH y D. BAILEY, *Competition Law...*, op. cit., p. 875; P. CHRISTENSEN, K. FOUNTOUKAKOS y D. SJÖBLOM, «Mergers», en VVAA (ed. FAULL/NIKPAY), *The EC Law of Competition*, 2.ª ed., New York, Oxford University Press, 2007, pp. 510 y 511; FTC/DOJ, *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, 2006, disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/215247.htm>, pp. 52-59; VAN BAELE y BELLIS, *Competition Law of the European Community*, 5.ª ed., The Netherlands, Kluwer Law International, 2010, pp. 702-704; A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las concentraciones...*, op. cit., pp. 211 y 213; A. LINDSAY y A. BERRIDGE, *The EU Merger Regulation...*, op. cit., pp. 584 y ss. También, en este sentido: Decisión de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2007, asunto COMP/M.4439, *Ryanair/Aer Lingus*, considerando 41. Sobre este asunto, véase *supra* nota 24.

⁶⁵ Las autoridades norteamericanas generalmente evalúan los efectos positivos y negativos en el mercado de referencia. Sin embargo, reconocen que en ciertos casos estimarán las eficiencias que se produzcan en estructuras estrechamente ligadas al mercado de referencia. Precisamente, esto ocurre en las concentraciones en las que las partes operan en múltiples mercados. De esta manera, es posible que las eficiencias se produzcan en un mercado y los efectos anticompetitivos en otros. Este supuesto es más probable cuando las eficiencias vinculadas a otro mercado son significativas y el efecto anticompetitivo es reducido en el mercado de referencia. Véase U. S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 30, nota 14. También: Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerando 79; H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy...*, op. cit., pp. 555-556; A. JONES y B. SUFRIN, *EU Competition Law...*, op. cit., p. 936, nota 479 y p. 940; P. CHRISTENSEN, K. FOUNTOUKAKOS y D. SJÖBLOM, «Mergers», op. cit., p. 510; S. BISHOP y M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law...*, op. cit., p. 414, nota 205; A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Las concentraciones...*, op. cit., pp. 211 y 212.

petitivos. Según las Directrices, tales beneficios pueden ser consecuencia de los ahorros en los costes de producción y distribución. En este caso, la Comisión destaca que al momento de valorar la licitud/ilicitud del proyecto de concentración la rebaja de los costes marginales o variables posee una mayor relevancia que una disminución en los costes fijos⁶⁶. Esto obedece a que los primeros inciden en las estrategias de precios de las empresas y, en consecuencia, pueden traducirse con mayor probabilidad en una reducción de los precios en un mercado afectado. Por ejemplo, en un contexto de efectos coordinados, la disminución en los costes marginales puede incrementar los incentivos de la empresa rebelde —*maverick*—, haciéndose menos probable la colusión tácita. Sin embargo, en un supuesto de efectos unilaterales es verosímil que las eficiencias limiten a la empresa resultante a subir los precios⁶⁷. Ahora bien, en estos casos las eficiencias no serán tenidas en cuenta si son producto de una disminución competitiva o solo implican una reducción de costes a favor de las partes.

Asimismo, los beneficios económicos pueden provenir de la producción de nuevos bienes o servicios o de la mejora de los existentes como causa de los incrementos en la investigación y el desarrollo. Así ocurre, *ad ex.*, con la constitución de una empresa en participación que fabrique un producto nuevo en el mercado.

De modo que la Comisión considera que las posibles ventajas económicas a favor de los consumidores dimanantes de las concentraciones de empresas puedan originarse de eficiencias tanto estáticas (primordialmente, ahorro de costes mediante el incremento de la producción) como dinámicas (en especial, mediante la innovación en un sector económico)⁶⁸.

⁶⁶ Los costes marginales son los costes asociados con la producción adicional de una unidad de un bien. Mientras que los costes variables son los que cambian con el nivel de producción o ventas. Ahora bien, los costes fijos son los que no se modifican a corto plazo en virtud de los cambios en los niveles de producción. Véase FTC/DOJ, *Commentary on the Horizontal Merger...*, *op. cit.*, p. 57; R. TAMAMES y S. GALLEGU, *Diccionario de economía...*, *op. cit.*, p. 130; M. ROSENTHAL y S. THOMAS, *European Merger...*, *op. cit.*, p. 218.

⁶⁷ Sin embargo, esta distinción entre ambos tipos de costes es difícil de realizar en la práctica. En concreto, el problema radica en el tiempo para analizar cuándo un coste es variable o fijo, pues cuanto más amplio es el plazo a tener en cuenta, mayor es el número de costes que puede estimarse como variable. Así, algunos costes fijados a corto plazo pueden implicar una reducción en los precios. Por ejemplo, la reducción de costes mediante la fabricación con nueva maquinaria no incide a corto plazo en los costes variables de las unidades producidas con las máquinas existentes; no obstante, a largo plazo afectan los costes de expansión de la producción en la nueva maquinaria por lo que tales costes pueden ser calificados como variables si se estudian en un plazo mayor. Precisamente, el DOJ y la FTC reconocen que un ahorro en los costes fijos puede tener un efecto directo y a corto plazo en los precios; *ad ex.*, cuando los precios de venta son determinados a partir de los contratos que se basan en costes (*cost-based contracts*). Incluso, las agencias norteamericanas aprecian las reducciones en los costes fijos cuando no inciden de forma directa en los precios, puesto que los consumidores pueden beneficiarse de ellos a largo plazo. Véase U. S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, pp. 29 y 30; Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 82; S. BISHOP y M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law...*, *op. cit.*, pp. 415-416; FTC/DOJ, *Commentary on the Horizontal Merger...*, *op. cit.*, pp. 57 y 58; ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION, *Report and...*, *op. cit.*, pp. 58-60.

⁶⁸ Véase Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerandos 80 y 81; OECD, *Dynamic efficiencies...*, *op. cit.*, p. 226; S. BISHOP y M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law...*, *op. cit.*, p. 414; L. ORTIZ BLANCO *et al.*, *Manual de Derecho...* *op. cit.*, p. 328.

Por lo general, cuanto más largo es el plazo para que las eficiencias en costes o innovación se lleven a cabo, menor será el valor que les conceda la autoridad *antitrust*. Por otra parte, al igual que las *Horizontal Merger Guidelines* norteamericanas de 2010, la Comisión fija una escala progresiva entre los beneficios económicos y los efectos anticompetitivos. Esto significa que cuanto mayores sean los efectos negativos de la concentración, más significativa ha de ser la dimensión de las eventuales eficiencias. En efecto, en relación con las concentraciones empresariales que presentan graves riesgos para la competencia (como, *ad ex.*, una estructura con un alto nivel de concentración y con ciertas barreras de entrada) solo se admiten eficiencias de gran magnitud y de fácil comprobación como susceptibles de fundamentar una decisión de compatibilidad de la operación con el mercado común. Bien entendido que una operación de reestructuración empresarial que forme o consolide una situación de monopolio o cuasimonopolio es altamente improbable que pueda ser aprobada en atención de las sinergias que de ella se originan⁶⁹. Así lo corrobora el asunto *Ryanair/Aer Lingus*. En él la empresa resultante de la operación obtenía una posición de monopolio en 22 rutas desde y hacia Irlanda y, a su vez, en otras alcanzaba una cuota superior al 60 por 100. La Comisión argumentó que era incierto que los ahorros de costes invocados por *Ryanair* se transmitieran a los consumidores; en especial, por la posición que gozaría la nueva entidad resultante de la concentración en los mercados afectados⁷⁰.

Normalmente, las eficiencias que derivan de la operación de concentración incentivan a la empresa resultante a actuar de forma procompetitiva en beneficio de los consumidores y usuarios. Sin embargo, si la nueva entidad no está sujeta a una presión competitiva sustancial es poco probable que traslade las eficiencias a los consumidores del mercado afectado. De ahí que en estos supuestos haya de ponerse en duda la defensa fundada en las posibles eficiencias dimanantes de la operación.

b) *El carácter inherente o especificidad de las eficiencias*

La segunda condición necesaria para que puedan tenerse en cuenta por la autoridad *antitrust* las eficiencias invocadas por las partes estriba en que sean una consecuencia inherente o específica de la operación de concentra-

⁶⁹ Véase U. S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, pp. 30 y 31; Directrices sobre Concentraciones Horizontales, considerandos 83 y 84; C. H. HERRERO SUÁREZ, «Control de las concentraciones...», *op. cit.*, p. 479.

⁷⁰ Véase Decisión de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2007, asunto COMP/M.4439, *Ryanair/Aer Lingus*, en *DOUE C* 47, de 20 de febrero de 2008, considerando 43. Asimismo: Decisión de la Comisión Europea, de 10 de julio de 2006, asunto COMP/M.4000, *Inco/Falconbridge*, en *DOUE L* 72, de 13 de marzo de 2007, considerandos 31 y 32. En esta última, las partes alegaron que la operación de concentración generaría una mayor producción con un coste más bajo, lo cual beneficiaría a todos los compradores de níquel. No obstante, la Comisión Europea apreció que las partes no demostraron que tales eficiencias beneficiarían directamente a los clientes finales de los mercados de referencia. Por tanto, la Comisión concluyó que las eficiencias alegadas no compensaban el obstáculo significativo de la competencia, puesto que la empresa resultante (*New Inco*) obtenía una posición dominante en los mercados de referencia.

ción. En general, se cumple este requisito cuando las sinergias provienen directamente de la operación de concentración y, a su vez, no pueden obtenerse a través de medios alternativos menos restrictivos para la competencia⁷¹.

Al respecto, las Directrices sobre Concentraciones Horizontales indican que las partes deben probar que no existen instrumentos alternativos menos restrictivos ya sean de carácter no concentrativo (*ad ex.*, un acuerdo de licencia o una empresa en participación cooperativa) o concentrativo (*ad ex.*, una empresa en participación concentrativa o un proyecto de concentración distinto de la operación notificada). Así, los argumentos basados en la eficiencia económica no cumplirán con esta segunda condición cuando la autoridad *antitrust* verifique que las ganancias económicas alegadas por las partes pueden obtenerse a través de otro medio distinto de la operación propuesta como lo sería la reestructuración interna de la empresa objeto de adquisición. Además, la Comisión solo apreciará alternativas que resulten *razonablemente* prácticas en atención al contexto empresarial en el que se encuentran las partes de la concentración⁷².

De ahí que el factor relevante para el estudio del carácter inherente de la sinergia radique en que las eficiencias invocadas no pueden ser logradas por ninguna de las empresas partícipes unilateralmente o de forma aislada⁷³. Por tanto, es fácil vislumbrar que este segundo presupuesto persigue asegurar que la operación de concentración se revela como el mecanismo más eficiente para alcanzar las sinergias en un sector económico y que se trasladan efectivamente a los consumidores y usuarios.

c) *La verificabilidad de las sinergias*

Además de resultar en beneficio de los consumidores y ser inherentes a la operación de concentración, las eficiencias deben ser verificables. Por consiguiente, las partes han de aportar pruebas suficientes que proporcionen a la Comisión una seguridad razonable acerca de que las eficiencias invocadas son probables en cuanto a su materialización y lo suficientemente significativas para compensar los daños a los consumidores.

Este último requisito reviste gran importancia. Si las empresas partícipes no logran demostrar sus argumentos, las eficiencias no ejercerán su

⁷¹ En el asunto *Nokia/Navteq*, la Comisión Europea confirmó que las eficiencias derivadas de la concentración eran inherentes a esta. Tras un análisis económico, la Comisión constató que la supresión de los márgenes dobles solo podría realizarse con la operación propuesta y no mediante acuerdos de cooperación (contratos). De esta forma, concluyó que la concentración daría lugar a ganancias en eficiencia, aunque de manera limitada en los precios de los teléfonos móviles, que en suma beneficiarían a los consumidores. Véase Decisión de la Comisión Europea, de 2 de julio de 2008, asunto COMP/M.4942, *Nokia/Navteq*, en *DOUE* C 13, de 20 de enero de 2009, considerandos 41-43 (en la versión en inglés, véanse considerandos 367-369). En esta misma línea: Decisión de la Comisión Europea, de 14 de mayo de 2008, asunto COMP/M.4854, *TomTom/Tele Atlas*, considerandos 241 y 242 (versión en inglés).

⁷² Véase Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 85.

⁷³ Véase S. BISHOP y M. WALKER, *The Economics of EC Competition Law...*, op. cit., p. 415.

función neutralizadora de los posibles efectos lesivos para el funcionamiento de la competencia⁷⁴.

Y es que la autoridad *antitrust* no sopesará las alegaciones fundamentadas en eficiencias vagas, meramente especulativas o que no puedan demostrarse por medios razonables⁷⁵. Se requiere que sean contrastables o, en ausencia de ello, que sea posible identificar su impacto positivo sobre los consumidores. Bien entendido que en ningún caso las eficiencias pueden ser fruto de una reducción anticompetitiva de la producción de los bienes o servicios afectados⁷⁶.

Naturalmente, cierto tipo de eficiencias son más fáciles de probar. Así ocurre con las eficiencias productivas (económicas de escala o alcance) que, al plasmarse en un ahorro de costes, pueden cuantificarse numéricamente en lo que atañe a su dimensión. A diferencia de ellas, las eficiencias transaccionales y, en particular, las dinámicas son más difíciles de cuantificar, al estar basadas en el incremento de la innovación en una industria en cuestión. A fin de llevar a cabo esta tarea, las partes pueden recurrir a los documentos internos que permitieron decidir la concentración, las declaraciones de los directivos sobre las eficiencias previstas, o incluso a estudios de expertos externos previos a la operación de concentración en los que se destaque la naturaleza y magnitud de las eficiencias y la posibilidad de que sean beneficiosas para los consumidores⁷⁷.

La Comisión Europea admitió la excepción de la eficiencia económica en el asunto *Kornäs/Assidomän Cartonboard*⁷⁸. Las partes argumentaron que las sinergias que resultaban de la operación propuesta eran significativas y, en particular, provenían de los ahorros de costes en los insumos —gastos en bienes empleados en la fabricación—, la reducción del personal y la mejora de la eficiencia en la producción. En particular, destacaron que esta última sinergia permitiría a la nueva entidad explotar dos plantas, obteniéndose así una amplia cartera de productos en el mercado del cartón para envasar líquidos (*portafolio effects*). Por su parte, la Comisión apreció que la asignación de la producción entre la cartera de máquinas facilitaba a la nueva entidad incrementar su producción general (*ad ex.*, mediante

⁷⁴ Como apuntan las directrices estadounidenses de 2010, las partes deben comprobar cuándo y cómo se lograrían las eficiencias y su coste, cómo las eficiencias mejorarían el incentivo de la empresa para competir y, finalmente, por qué son inherentes a la operación de concentración. Véase U. S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 30; Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 86.

⁷⁵ En el asunto *Ryanair/Aer Lingus*, la Comisión apreció que las eficiencias invocadas por *Ryanair* eran de índole general, pues se limitaban a precisar que las sinergias derivaban de la transmisión a *Aer Lingus* del modelo de negocios y, en especial, la estrategia de bajos costes. Por ello, la Comisión declaró que las eficiencias objeto de estudio se fundamentaban en suposiciones muy aventuradas las cuales no podían verificarse de forma independiente. Véase Decisión de la Comisión Europea, de 27 de junio de 2007, asunto COMP/M.4439, *Ryanair/Aer Lingus*, considerando 42.

⁷⁶ Véase U.S. DOJ/FTC, *Horizontal Merger Guidelines*, p. 30

⁷⁷ Véase Directrices sobre Concentraciones Horizontales, apartado 88.

⁷⁸ Véase Decisión de la Comisión Europea, de 16 de mayo de 2006, asunto COMP/M.4057, *Korsnäs/Assidomän Cartonboard*, en *DOUE C 209*, de 31 de agosto de 2006, considerandos 57-64 (versión en inglés). Sobre esta decisión: J. KARLSSON, «Clearance of Near-duopoly», en *European Competition Law Review*, núm. 9, 2006, pp. 514-518.

la fabricación de lotes más amplios), lo que le llevó a concluir que dicha sinergia era probable que se materializara en la práctica y, a su vez, que dejara sentir sus efectos beneficiosos sobre los consumidores, toda vez que mejoraría la capacidad y el incentivo de la empresa resultante para actuar de forma competitiva⁷⁹.

C. A MODO DE EPÍLOGO

Como hemos podido apreciar en este trabajo, el criterio de la eficiencia económica ha sido uno de los aspectos más controvertidos en el control europeo de concentraciones. Desde que se discutió por vez primera en el proceso de negociación del Reglamento 4064/89, su tratamiento ha ido evolucionando a lo largo del tiempo en la política comunitaria de competencia.

Inicialmente bajo el Reglamento 4064/89, la Comisión Europea estaba facultada y obligada a ponderar cuestiones extraconcurrentiales en la evaluación *antitrust* de las concentraciones de empresas. Pese a ello, en la práctica el Ejecutivo comunitario se mostró reacio a tener en cuenta los beneficios económicos anudados a estas operaciones.

No obstante, este escenario cambió considerablemente tras la entrada en vigor de la actual normativa de control de concentraciones. En efecto, el Reglamento 139/2004 reconoce expresamente el papel de la eficiencia económica al momento de valorar la repercusión de una operación de concentración sobre el mercado único europeo. En rigor, en su considerando 29 se afirma que las eficiencias que derivan de una determinada concentración empresarial pueden compensar los efectos anticompetitivos de ellas dimanantes y, en particular, los perjuicios potenciales para los consumidores. A su vez, las Directrices sobre Concentraciones Horizontales insisten en que, a fin de alcanzar relevancia *antitrust*, las eficiencias han de ser *verificables, específicas de la concentración y a favor de los consumidores*.

De ahí que sea posible sostener que la valoración de las eficiencias económicas es actualmente un factor fundamental en el análisis de licitud o ilicitud de las operaciones de concentración. Ello se debe a que su constatación autoriza a la autoridad *antitrust* a declarar la compatibilidad de una operación, ya que los posibles efectos nocivos que de estas derivan son cortocircuitados por determinadas ventajas económicas que inciden positivamente en los intereses de los consumidores y usuarios, así como la comunidad en general⁸⁰. Por tanto, el Reglamento 139/2004 acoge definitivamente

⁷⁹ Al respecto: J. KARLSSON, «Clearance of...», *op. cit.*, p. 517.

⁸⁰ Se establece así un cierto paralelismo entre el ilícito *antitrust* por concentraciones y el ilícito colusorio del art. 101 TFUE, el cual prohíbe ciertas conductas empresariales que, si bien son restrictivas de la competencia, pueden, no obstante ser autorizadas en razón a su contribución a la eficiencia económica. En cuanto a la aplicación del apartado 3 del art. 101 TFUE: A. M. TOBÍO RIVAS, *La autorización de medidas limitativas de la competencia en el Derecho comunitario: análisis de los requisitos sustantivos*, Barcelona, Bosch, 1994; *id.*, «Excepciones a las conductas prohibidas», en

la doctrina de la excepción de la eficiencia económica o *efficiency defence*, mediante la cual las ventajas económicas que resultan de la operación de concentración enjuiciada pueden contrarrestar los efectos anticompetitivos de ella dimanantes.

Además, existen otras razones de carácter teleológico-sistemático que explican la aplicación de la doctrina de la *efficiency defence* en el sistema de control de concentraciones. La principal radica en el modelo de competencia que late por debajo de la normativa de control de concentraciones. Se trata del modelo de competencia imperfecta, monopolística, practicable, eficiente o, según el Reglamento, efectiva, que persigue el logro del progreso técnico y económico y, en definitiva, de la eficiencia.

Resplandece así, con relativa nitidez, la fisonomía del que podríamos denominar *ilícito estructural por concentraciones o ilícito concentrativo*, a fin de diferenciarlo de los *ilícitos de conducta* de los arts. 101 (prácticas colusorias) y 102 (prácticas abusivas de posiciones de dominio) del TFUE: como todo ilícito *antitrust*, parte de entender que la defensa de la competencia no es un valor absoluto sino relativo y, en consecuencia, que es posible —y recomendable— sacrificar una cierta dosis de competencia a través de maniobras de concentración de empresas si los perjuicios que con ellas se causan al orden concurrencial del mercado son compensados por determinadas eficiencias, sobre todo cuando estas se traducen en ventajas para los consumidores y usuarios⁸¹.

A la vista de lo anterior, cabe concluir que el Reglamento 139/2004 no es, en rigor, una norma de control de las operaciones de concentración de empresas restrictivas de la competencia, sino una norma de control de estas operaciones en todas aquellas hipótesis en que no compensen las restricciones concurrenciales de ellas derivadas con eficiencias beneficiosas para los consumidores y usuarios. Lo que, en el fondo, debe llevar a sostener que en el Derecho comunitario *antitrust*, en general, y en el ámbito aquí analizado del control de las concentraciones económicas, en particular, el valor de la eficiencia (que, a nuestro juicio, habría de comprender tanto la económica como la social) está por encima incluso del valor de la competencia⁸².

6. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO SOTO, R. (2007): «Derecho de la competencia (I). Introducción y Derecho Comunitario», en VVAA (dirs. URÍA, R., y MENÉNDEZ, A.), *Curso de Derecho Mercantil*, t. 1, 2.ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, pp. 277-295.
- ANTITRUST MODERNIZATION COMMISSION (2007): *Report and Recommendations*, abril, disponible en http://govinfo.library.unt.edu/amc/report_recommendation/amc_final_report.pdf.

VVAA (coords. BELLO MARTÍN-CRESPO y HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ), *Derecho de la libre competencia...*, *op. cit.*, pp. 141-212.

⁸¹ Véase J. I. FONT GALÁN y L. M. MIRANDA SERRANO, *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Madrid, Marcial Pons, 2005, p. 35, nota 30.

⁸² *Ibid.*, pp. 53 y ss.

- ARROYO APARICIO, A. (2012): «Consumidores y normativa protectora de la libre competencia: algunos antecedentes y las recientes iniciativas sobre “acciones por daño”», en VVAA (dir. VÁZQUEZ PENA, M. J.), *El derecho de la libre competencia como instrumento de progreso económico a favor de las empresas y de los consumidores*, 1.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 31-54.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, M. P.: «La segunda reforma del Reglamento comunitario sobre el control de concentraciones. Libro verde y propuesta de reforma», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, t. 23, pp. 1125-1157.
- BERENGUER FUSTER, L. (2004): «Comentarios críticos acerca del nuevo reglamento comunitario de concentraciones», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, pp. 78-118.
- BISHOP, S., y WALKER, M. (2010): *The Economics of EC Competition Law: Concepts, Application and Measurement*, 3.ª ed., London, Sweet and Maxwell.
- BRIONES, J. et al. (1999): *El control de concentraciones en la Unión Europea: la práctica de la Comisión Europea y las novedades introducidas en el Reglamento (CEE) 4064/89 por el Reglamento (CE) 1310/97*, Madrid, Marcial Pons.
- (2005): *Merger control in the European Union*, 2.ª ed., New York, Oxford University Press.
- BRIONES, J., y PADILLA, A. J. (2001): «The Complex Landscape of Oligopolies under EU Competition Policy: Is Collective Dominance Ripe for Guidelines?», en *World Competition. Law and Economics Review*, vol. 24, núm. 3, pp. 307-318.
- BURNSIDE, A. (2001): «GE, Honey, I sunk the merger», en *European Competition Law Review*, núm. 2, pp. 107-110.
- CALVIÑO SANTAMARÍA, N. (2002): «Algunas reflexiones para el debate sobre el tratamiento de las eficiencias en el análisis de las concentraciones empresariales», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, pp. 67-92.
- (2003): «El Reglamento 139/2004: novedades sustantivas en el sistema comunitario de control de concentraciones», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, pp. 57-88.
- CALVO CARAVACA, A. L., y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2006): *Las concentraciones de empresas*, Madrid, Colex.
- CAMESASCA, P. D. (1999): «The explicit efficiency defence in merger control: does it make the difference?», en *European Competition Law Review*, núm. 1, pp. 14-28.
- CHRISTENSEN, P.; FOUNTOUKAKOS, K., y SJÖBLOM, D. (2007): «Mergers», en VVAA (ed. FAULL/NIKPAY), *The EC Law of Competition*, 2.ª ed., New York, Oxford University Press.
- COLLEY, L. (2004): «From “defence” to “attack”? quantifying efficiency arguments in mergers», en *European Competition Law Review*, núm. 6, pp. 342-349.
- *Competition Policy and Efficiency Claims in Horizontal Agreements*, OCDE/GD(96)65, disponible en <http://www.oecd.org/regreform/sectors/36344429.pdf>.
- COOK, J., y KERSE, C. (2009): *EC Merger Control*, 5.ª ed., London, Sweet & Maxwell - Thomson Reuters.
- COSTAS COMESAÑA, A., y BORREL ARQUÉ, J. R.: «La política europea de control de concentraciones en entredicho: el caso *Airtours/First Choice*», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, pp. 203-220.
- ESTEVA MOSSO, C. (2001): «El Libro Verde sobre la reforma del Reglamento de control de concentraciones», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, pp. 77-96.
- FERNÁNDEZ DE ARAOZ Y GÓMEZ ACEBO, A. (1993): «El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia: Reflexiones en torno al mercado, la libre competencia y la geometría», en *Revista general de Derecho*, núms. 589-590, pp. 10057-10131.

- FTC/DOJ (2006): *Commentary on the Horizontal Merger Guidelines*, disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/guidelines/215247.htm>.
- GONZÁLEZ-DÍAZ, F. E., y CARPI, J. M. (2005): «La noción de concentración económica y la evaluación de sus efectos en los ordenamientos comunitario y español», en VVAA (dir. BENEYTO PÉREZ, J. M.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, t. 1, Barcelona, Bosch, pp. 629-750.
- GUTIÉRREZ, I., y PADILLA, A. J. (2005): «Economía de la competencia», en VVAA (dir. BENEYTO PÉREZ, J. M.), *Tratado de Derecho de la Competencia. Unión Europea y España*, t. 1, Barcelona, Bosch, pp. 1-58.
- HARKER, M. (2011): «Antitrust Law and Administrability: consumer versus total welfare», en *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 34, núm. 3, pp. 433-447.
- HERRERO SUÁREZ, C. (2001): «La excepción de eficiencia económica (*efficiency defense*) en el control de la concentración empresarial (análisis comparado entre el Derecho *antitrust* estadounidense y el Derecho de la Competencia comunitario europeo)», en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 242, pp. 1943-1968.
- (2001): «La excepción de empresas en crisis (*failing firm defense*) en el control de la concentración empresarial. Análisis comparado entre el Derecho *antitrust* estadounidense y el Derecho de la competencia comunitario europeo», en *Revista de Derecho bancario y bursátil*, núm. 84, pp. 144-170.
- (2002): «El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia comunitario», en *Actas de Derecho industrial y Derecho de autor*, t. 23, pp. 113-145.
- (2005): «Control de las concentraciones de empresas», en VVAA (coord. VELASCO SAN PEDRO, L. A.), *Derecho europeo de la competencia: antitrust e intervenciones públicas*, Valladolid, Lex Nova, pp. 437-481.
- HOVENKAMP, H. (2011): *Federal antitrust policy: the law of competition and its practice*, 4.ª ed., United States of America, West Publishing Co.
- IVERSEN, H. (2010): «The efficiency defense in EC merger control», en *European Competition Law Review*, núm. 9, pp. 370-376.
- JIMÉNEZ LAIGLESIA, J., y JIMÉNEZ LAIGLESIA, J. M. (2002): «La revisión del análisis comunitario europeo de concentraciones horizontales: una primera aproximación al Proyecto de Comunicación (PC) de la Comisión Europea relativa a la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento 4064/89 del Consejo sobre el control de las operaciones de concentración entre empresa», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, pp. 221-240.
- JONES, A., y SUFRIN, B.: *EU Competition Law: text, cases and materials*, 4.ª ed., New York, Oxford University Press.
- KARLSSON, J. (2006): «Clearance of Near-duopoly», en *European Competition Law Review*, núm. 9, pp. 514-518.
- KATZ, M. L., y SHELANSKI, H. A. (2007): «Mergers and innovation», en *Antitrust Law Journal*, vol. 74, núm. 1, pp. 1-85.
- KNABLE GOTTS, I., y GOLDMAN, C. S. (2003): «The role of efficiencies in M&A global antitrust review: still in flux?», en *Fordham Competition Law Institute: International Antitrust Law & Policy*, pp. 201-300.
- KOCMUT, F. (2006): «Efficiency Considerations and Merger Control- Quo Vadis, Commission?», en *European Competition Law Review*, núm. 1, pp. 19-27.
- KOKKORIS, I. (2006): «Failing firm defence in the European Union: a panacea for mergers?», en *European Competition Law Review*, núm. 9, pp. 494-509.
- (2011): *Merger Control in Europe: The gap in the ECMR and National Merger Legislations*, London, Routledge.

- KOLASKY, W. J., y DICK, A. R.: «The Merger Guidelines and the Integration of Efficiencies into antitrust Review of Horizontal Merger», disponible en <http://www.justice.gov/atr/hmerger/11254.pdf>.
- LINDSAY, A., y BERRIDGE, A. (2012): *The EU Merger Regulation: Substantive Issues*, 4.ª ed., London, Sweet & Maxwell.
- LUESCHER, C. (2004): «Efficiency considerations in European Merger Control - Just another battle ground for the European Commission, economists and competition lawyer», en *European Competition Law Review*, núm. 2, pp. 72-86.
- MAICAS LÓPEZ, J.; POLO REDONDO, Y., y SESE OLIVÁN, F. J. (2010): «El papel de los efectos de red y los costes de cambio en la elección de la compañía de telefonía móvil», en *Revista europea de dirección y economía de la empresa*, núm. 3, pp. 161-172.
- MARTÍNEZ GARCÍA, C. (1999): «El caso *Airtours*: ¿una nueva definición de dominio colectivo?», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, pp. 335-350.
- MARTÍNEZ LAGE, S. (2004): «La reforma del Reglamento comunitario de concentraciones», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 229, pp. 3-11.
- MIRANDA SERRANO, L. M. (1994): *Las concentraciones económicas. Derecho europeo y español*, Madrid, La Ley, 1994.
- (2000): «La doctrina de la “failing company” y el Derecho europeo de concentraciones (las concentraciones de recuperación o saneamiento económico)», en *Noticias de la Unión Europea*, núm. 185, pp. 183-216.
- (2000): «La entrada definitiva de las posiciones dominantes colectivas en el sistema comunitario europeo de control concentraciones (STJCE *Francia y otros c. Comisión* de 31 de marzo de 1998)», en *Derecho de los negocios*, núm. 113, pp. 1-50.
- MIRANDA SERRANO, L. M., y PÉREZ MOLINA, M. A. (2014): «El control de las concentraciones de empresas en la Unión Europea», en *Revista de Derecho mercantil*, núm. 294, pp. 115-170.
- NAVARRO SUAY, M. C. (2005): *Las conductas conscientemente paralelas*, Navarra, Aranzadi.
- OECD (2008): *Dynamic efficiencies in merger analysis*, 15 de mayo, DAF/COMP (2007) 41, disponible en <http://www.oecd.org/daf/competition/mergers/40623561.pdf>.
- ORTIZ BLANCO, L. et al. (2008): *Manual de Derecho de la competencia*, Madrid, Tecnos.
- PATTERSON, D. E., y SHAPIRO, C. (2001): «Transatlantic Divergence in GE/Honeywell: Causes and Lessons», en *Antitrust*, núm. 16, pp. 18-26.
- PÉREZ MOLINA, P. M. (2013): *La evaluación de las concentraciones de empresas en la Unión Europea*, Córdoba, Publicaciones Universitarias.
- (2014): «Las barreras de entrada en el control *antitrust* de las concentraciones de empresas», en *La ley mercantil*, núm. 1, pp. 154-170.
- PÉREZ PRADO, J. M., y PASSAS OGALLAR, J. (2004): «Efectos de red y competencia en mercados de nuevas tecnologías de la información», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 230, pp. 117-134.
- PLANZ, M., y CAFFARRA, C. (2002): «The economics of G.E./Honeywell», en *European Competition Law Review*, núm. 3, pp. 115-121.
- PLATT MAJORAS, D.: «Ge-Honeywell: The U.S. Decision», disponible en <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/9893.pdf>.
- ROSENTHAL, M., y THOMAS, S. (2010): *European Merger Control*, München, C. H. Beck.

- SANTOS LORENZO, S. (2000): «El “efecto cartera” un nuevo criterio de las operaciones de concentración», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 207, pp. 68-77.
- SCHWALBE, U., y ZIMMER, D. (2009): *Law and economics in European merger control*, New York, Oxford University Press.
- SOLANA GONZÁLEZ, G. (2001): «Diferencias entre Estados Unidos y la Unión Europea en materia de control de concentraciones», en *Anuario de la Competencia*, núm. 1, pp. 25-44.
- TAMAMES, R., y GALLEGO, S. (2002): *Diccionario de economía y finanzas*, 11.ª ed., Madrid, Alianza.
- VAN BAELE y BELLIS (2010): *Competition Law of the European Community*, 5.ª ed., The Netherlands, Kluwer Law International.
- VELASCO SAN PEDRO, L. A. (2010): «Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia», en *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, núm. 6, pp. 13-36.
- WEITBRECHT, A. (2002): «E.U. Merger Control in 2001- The year of controversy», en *European Competition Law Review*, núm. 8, pp. 407-412.
- WHISH, R., y BAILEY, D. (2012): *Competition Law*, 7.ª ed., New York, Oxford University Press.
- WILLIAMSON, O. (1968): «Economies as an antitrust defense: the welfare trade-offs», en *American Economic Review*, vol. 58, núm. 1, pp. 18-31.
- ZAMAGNI, S. (2005): «El bien común en la sociedad posmoderna: propuestas para la acción político-económica», en *Cultura económica*, núm. 70, pp. 23-43.

LAS GUIDELINES DEL BUNDESKARTELLAMT COMO REFERENCIA PARA LAS MULTAS DE LA CNMC TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 29 DE ENERO DE 2015

Fernando DÍEZ ESTELLA

Profesor de Derecho Mercantil del Centro U. Villanueva

Javier GARCÍA-VERDUGO

CNMC y Profesor Titular de Economía Aplicada de la UNED

1. INTRODUCCIÓN

El 6 de febrero de 2009 la entonces autoridad de defensa de la competencia española, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), publicó una *Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los arts. 1, 2 y 3 de nuestra Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia y de los actuales arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*¹. Esta Comunicación tenía como principal objetivo la interpretación de los arts. 63 y 64 de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (LDC), relativos a la imposición de sanciones, y es la que la autoridad de competencia siguió desde ese momento a la hora de calcular la cuantía de la multa a imponer a los sujetos infractores de los ilícitos anticompetitivos (art. 61 LDC). En el apartado 8 de la Comunicación se establece, de modo similar al mecanismo de cálculo previsto a nivel europeo², que en el marco de la cuantificación de la sanción por infracción de la normativa de defensa de la competencia se determinaría en primer lugar el importe básico de la sanción. Este importe básico se situaría, de acuerdo con el apartado 14 de la Comunicación, entre un 10 y un 30 por 100 del volumen de ventas afectado por la infracción, teniendo en cuenta la gravedad de la infracción, su duración, así como los demás criterios para la determinación del importe de las sanciones previstos en el art. 64.1 LDC.

¹ La Comunicación de la CNC de 6 de febrero de 2009 está disponible en la página web de la CNMC: <http://www.cnmc.es> (última consulta: 15 de junio de 2015).

² Véanse las *Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003 (2006/C 210/02), DO* de 1 de septiembre de 2006. Las Directrices están disponibles en la página web de la Comisión Europea: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52006XC0901(01)) (última consulta: 12 de mayo de 2015).

A dicho importe básico se aplicaría un coeficiente de ajuste en función de las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en el supuesto determinado. La aplicación de las circunstancias agravantes y atenuantes supondría un aumento o disminución del importe básico en un porcentaje de entre un 5 y un 15 por 100 de acuerdo con el apartado 17 de la Comunicación. En tercer lugar, y únicamente cuando se exceda esa cuantía, la Comunicación prevé que se tendrá que ajustar dicha cantidad obtenida como consecuencia del importe base y del coeficiente de ajuste a dos tipos de límites. Por un lado, la multa no podrá ser inferior al beneficio resultante para el infractor como consecuencia de la infracción (beneficio ilícitamente obtenido). Más relevancia en la práctica ha tenido el límite establecido en el apartado 20 de la Comunicación, que establece que el importe final de la sanción no podrá superar los límites establecidos en el art. 63 de la LDC. Dependiendo de la gravedad de la infracción, dichos límites serán el 1, 5 o 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) inició su andadura en octubre de 2013. Desde el punto de vista de la defensa de la competencia, uno de los problemas más serios a los que ha debido enfrentarse esta institución es la interpretación divergente en materia de multas que aparecía en las sentencias de la Audiencia Nacional desde marzo de 2013. La CNMC, disconforme con las sentencias de la Audiencia, continuó aplicando la interpretación de los preceptos legales que consideraba correcta (recogida en la Comunicación de multas de la CNC, descrita anteriormente) y recurrió —siempre que fue posible— las sentencias de la Audiencia ante el Tribunal Supremo, de manera que a comienzos de 2015 había más de 16 recursos de casación pendientes de resolución.

Como es bien conocido, las interpretaciones contradictorias se referían específicamente a los arts. 63 y 64 de la LDC. En pocas palabras, la CNMC —en línea con su antecesora, la CNC— entendía que la legislación establece en el art. 63 un límite máximo para las multas expresado como un porcentaje del volumen total de negocio de la empresa, que se entendía como una medida de su capacidad de pago, mientras que la multa se fijaba en función de los criterios del art. 64, y específicamente en función de la dimensión del mercado afectado durante la infracción. Por el contrario, la Audiencia Nacional interpretaba que el máximo previsto en el art. 63 debía interpretarse como el límite superior de un arco sancionador, y debía aplicarse únicamente sobre el volumen de negocios del mercado afectado por la infracción el año previo a la sanción.

En efecto, a raíz de la Sentencia de 6 de marzo de 2013 en el caso *Vinos de Jerez*³, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional comenzó a realizar una interpretación del art. 63 de la LDC que se diferenciaba tanto de su propia interpretación anterior a esa fecha

³ Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 de marzo de 2013, recurso 619/2010, *Bodegas Emilio Lustau S. A.* (expte. CNC S/0091/08, *Vinos de Jerez*).

como de la interpretación por parte de la autoridad de competencia, que seguía la mencionada Comunicación de 2009. De esta nueva interpretación destacan dos aspectos⁴. En primer lugar, la Audiencia comenzó a interpretar la expresión «volumen de negocios total» del art. 63 LDC como «volumen de negocios total en el mercado afectado por la infracción»⁵ y no como el «volumen de negocios resultante de todas las actividades económicas en las que participa la empresa infractora». En segundo lugar, la Audiencia defiende que el límite del 10 por 100 para las infracciones muy graves previsto también en el art. 63 LDC (y del 1 y 5 por 100 si se trata de infracciones leves o graves) ha de entenderse como parte de una escala o arco sancionador en consonancia con los principios generales del Derecho sancionador y el art. 25 de la Constitución, en lugar de un «umbral de nivelación» que operaría únicamente *ex post* para rebajar la cuantía resultante de la multa en caso de exceder dicho porcentaje (lo que era defendido tanto por la autoridad de competencia nacional como por la europea). Al tener en cuenta como volumen total de negocios solo el del mercado afectado por la infracción, la cuantía de las multas recurridas por las empresas era reducida por la Audiencia, o bien se obligaba a la Autoridad de Competencia a recalcular las sanciones teniendo en cuenta esta nueva interpretación, por lo que —como se ha dicho— se interpuso en diversos asuntos recurso de casación por parte del abogado del Estado en nombre de la CNMC.

En un trabajo anterior⁶ hemos mostrado que la utilización de la jurisprudencia de la Audiencia Nacional que se acaba de mencionar implicaba una clara estimación por defecto del daño potencial producido por la infracción y una reducción del arco sancionador, y por tanto daba lugar a sanciones insuficientes. Los niveles de disuasión de las multas serían tan bajos que podría decirse que para las empresas su participación en una infracción anticompetitiva sería una decisión «racional». Por el contrario, siguiendo la Comunicación sobre multas de la CNC, la disuasión que proporcionaban las sanciones eran entre dos y nueve veces mayores que con la interpretación de la Audiencia. Si la nueva interpretación hubiera recibido el respaldo del Tribunal Supremo, hubiera sido gravemente perjudicial para la defensa de la competencia en España, una situación que ya estaba

⁴ Véase C. LILLO ÁLVAREZ, «La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia», en *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 15, 2014, pp. 51-82. La autora explica tanto la doctrina reciente (2013-2014) de la Audiencia Nacional en relación con el art. 63 de la LDC 15/2007 como el método de cálculo de las multas seguido por la autoridad nacional de competencia hasta la Sentencia del Tribunal Supremo. Además, cita en un Anexo todas las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional que han seguido su nueva doctrina.

⁵ Véase en sentido crítico F. CACHAFEIRO GARCÍA, «El volumen de negocios como criterio para graduar las sanciones en el Derecho de la competencia», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm. 34, 2013-2014, pp. 153-175.

⁶ J. GARCÍA-VERDUGO SALES, *Una evaluación económica de la revisión judicial de las sanciones impuestas por la CNMC por infracciones anticompetitivas*, Documento de Trabajo 48/2015, Serie Política de la Competencia, Madrid, Centre for Competition Policy, Instituto Universitario de Estudios Europeos, 2015, pp. 1-15.

ocurriendo en algunos casos en los que había habido sentencias firmes de la Audiencia.

Esta disparidad de criterios ha sido resuelta, en fechas recientes, por STS de 29 de enero de 2015, que obliga a un cambio en el método de imposición de multas que, de ahora en adelante, ha de seguir la CNMC. En este trabajo nos proponemos analizar las *Guidelines* del Bundeskartellamt, publicadas el 25 de junio de 2013, como una posible referencia para la autoridad española.

Pensamos que esta propuesta es especialmente oportuna, ya que al hilo de la Sentencia del Supremo del pasado 29 de enero, algún autor ha cuestionado⁷ la propia validez de la Comunicación, y el hecho de que un órgano administrativo que tiene atribuido un poder discrecional sancionador haga públicos los criterios «con los que cumplirá en sede aplicativa su tarea de integración de la norma de conducta». Parece claro que si el sistema sancionador no goza de la suficiente predictibilidad, tal insuficiencia no puede ser suplida por una regulación por parte de la autoridad de competencia teniendo en cuenta que dicha autoridad carece de potestad normativa; sin embargo, en la propia sentencia que estamos comentando el Supremo declara como «elogiable» el propósito de este tipo de documentos de «*soft law*» de dotar de un mayor nivel de predictibilidad a la imposición de multas por parte de la autoridad de competencia.

Tras este epígrafe de introducción, en el apartado siguiente se analizará la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo español, con especial atención al «precedente» sentado por el Tribunal Supremo alemán, en su Auto de 23 de febrero de 2013. Como veremos, ambos pronunciamientos coinciden en el enfoque con que abordan las dos grandes cuestiones que se discuten a este respecto: el límite máximo del 10 por 100 en la cuantía de las sanciones, y la cifra de «volumen de negocio» a considerar a los efectos del cálculo de las multas. A continuación, y tras el análisis del «precedente» del Supremo alemán, en su Auto de 23 de febrero de 2013, que se lleva a cabo en el epígrafe 3, en el epígrafe 4 se analizan las *Guidelines* del Bundeskartellamt, para concluir en el epígrafe 5 con algunas orientaciones prácticas para la nueva política sancionadora de la CNMC.

⁷ J. ORTEGA, «Como agua de mayo: Comentario a la STS de 29 de enero de 2015 en su valoración de los criterios de *soft law* que aplica la CNC (actual CNMC)», en el blog *Derecho mercantil*, 27 de mayo de 2015, disponible en <http://derechomercantilesana.blogspot.com.es/2015/05/como-agua-de-mayo.html> (última consulta: 12 de junio de 2015). En su comentario la autora subraya la incertidumbre legal —con el consiguiente riesgo de lesionar los principios de igualdad, objetividad, y de interdicción de la arbitrariedad— de este tipo de instrumentos de «*soft law*». No compartimos esta postura, ya que con las limitaciones de este tipo de instrumentos, las diferentes Comunicaciones, Directrices, etc., que se llevan publicando desde sus comienzos en el ámbito del Derecho de Defensa de la Competencia Comunitario y en multitud de ordenamientos nacionales, han demostrado su eficacia y utilidad como guía interpretativa y de *enforcement* de las previsiones legales.

2. LA NUEVA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

A. LA STS DE 29 DE ENERO DE 2015

Sobre las dos cuestiones relacionadas con la interpretación del art. 63.1 LDC se ha pronunciado la STS de 29 de enero de 2015⁸. Esta primera resuelve la casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional recaída en apelación del expte. S/0269/10 *Transitarios 2*, y desde entonces ha aparecido ya un buen número de sentencias que reproducen las mismas ideas recogidas en la primera sentencia y dan firmeza a esta nueva jurisprudencia. En nuestra opinión, podría decirse a grandes rasgos que el Supremo ha confirmado la parte menos importante de la interpretación de la Audiencia sobre las sanciones de competencia, y ha rechazado la parte que podría haber tenido efectos más perjudiciales contra la defensa de la competencia.

La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo puede resumirse como sigue:

- a) El límite legal del 10 por 100 recogido en el art. 63.1 LDC debe interpretarse como el límite superior de un intervalo de sanciones (como defendía la Audiencia), no como un tope o un «umbral de nivelación».
- b) En consecuencia, la Autoridad de Competencia no puede utilizar ya la Comunicación sobre multas porque se basa en entender el límite del 10 por 100 como un umbral de nivelación, en línea con la interpretación de la Comisión Europea (CE).
- c) El «volumen de negocios total» mencionado en el art. 63.1 debe entenderse como el volumen total (como había sido sostenido por la CNMC) y no como el volumen del mercado afectado. Esta decisión del Supremo es más importante a la hora de determinar el nivel de las multas que la interpretación sobre la naturaleza del límite legal.
- d) El Tribunal Supremo insiste en la importancia —y reconoce la dificultad de esta tarea— de conseguir equilibrar la necesaria proporcionalidad con el imprescindible carácter disuasorio de las sanciones.
- e) La sentencia exige a la CNMC considerar la dimensión de la concreta infracción como una referencia necesaria para asegurar la proporcionalidad de las multas, especialmente en el caso de las empresas multiproducto.
- f) El Supremo también menciona la conveniencia de considerar la probabilidad de descubrimiento de los infractores para asegurar que las sanciones son suficientemente disuasorias, y sugiere también la posibilidad de multar a las personas físicas responsables de las infracciones para aumentar el nivel de disuasión.

La CNMC ya ha aplicado la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en un buen número de ocasiones desde entonces. La primera vez fue en

⁸ Véase STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de enero de 2015, rec. núm. 2872/2013, caso *BCN Aduanas y Transportes S. A.*

la resolución sobre el expte. S/474/13 *Precios combustibles automoción*, sobre la distribución minorista de combustibles de automoción, aunque no puede considerarse una resolución típica desde el punto de vista de la sanción; después, en el expte. S/0425/12 *Industrias lácteas 2*, sobre compradores industriales de leche cruda de vaca, donde se explica con más detalle el nuevo sistema de determinación de multas; y, siguiendo en mayor o menor medida la misma metodología, en las resoluciones de cinco expedientes sobre concesionarios de coches (expte. S/0486/13, *Concesionarios Toyota*; S/0487/13, *Concesionarios Land Rover*; S/0488/13, *Concesionarios Hyundai*; S/0489/13, *Concesionarios Opel*, y S/0471/13, *Concesionarios Audi/Seat/VW*) así como en las resoluciones de los exptes. S/0469/12, *Fabricantes de papel y cartón ondulado*; S/484/13, *Redes abanderadas*, y S/0482/13, *Fabricantes de automóviles*. También ha sido aplicada la nueva jurisprudencia en varias resoluciones de ejecución de sentencias del Supremo que ordenaban el recálculo de sanciones (expte. VS/0269/10, *Transitarios 2*, empresa BCN Aduanas y Transportes; expte. VSACAN/0012/11, *Transporte Ayuntamiento de Las Palmas*; y expte. VS/0091/08, *Vinos Finos de Jerez*, empresas Bodegas Gonzalez Byass y Bodegas Williams & Humbert).

A continuación se analizan, con más profundidad, las dos grandes cuestiones resueltas en este importante pronunciamiento. Como hemos avanzado en la introducción, y ya ha puesto de manifiesto la doctrina más atenta que ha analizado esta sentencia, el Supremo da «una de cal y otra de arena»⁹, en el sentido de que estima parcialmente el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Nacional, confirmando en parte la interpretación de la Audiencia y en otra parte hace suyo el voto particular formulado por una de las magistradas de la Sección 6.ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

B. EL LÍMITE MÁXIMO DEL 10 POR 100

En relación al límite máximo del 10 por 100 en relación a infracciones muy graves (la misma interpretación rige para el límite del 1 por 100 en infracciones leves y del 5 por 100 en infracciones graves), el Tribunal Supremo confirma que dicho sistema sancionador previsto en el art. 63.1 LDC ha de entenderse como el límite superior de una escala o «arco sancionador» que opera como límite de la sanción que solo procede exigir a la infracción más grave, y no como «límite extrínseco» (según el término utilizado por el Supremo en su sentencia) de la cuantía de la multa que en última instancia se puede imponer y que operaría únicamente *ex post*, una vez que se han valorado todas las circunstancias —incluyendo posibles agravantes y/o atenuantes— concurrentes en el caso.

⁹ Véase, en este sentido, el acertado análisis de F. MARCOS FERNÁNDEZ, «*Blowing hot and cold: the last Word of the Supreme Court on setting fines for Competition Law infringements in Spain*», *Working Paper IE Law School*, AJ8-220-1, 19 de febrero de 2015.

Solamente de esta manera se estaría respetando tanto el principio de legalidad como los demás principios y garantías relativos al Derecho sancionador dentro del cual se enmarcan las potestades administrativas sancionadoras. Teniendo en cuenta estos límites y el arco sancionador fijados por el art. 63.1 LDC, se tendrá que graduar la cuantía de la multa atendiendo a los factores mencionados en el art. 64 LDC, que se refieren —entre otros— a la gravedad, duración, alcance y efectos de la infracción, así como la cuota de mercado que posee la empresa infractora, incluyendo así mismo las posibles atenuantes o agravantes que estén presentes en cada caso.

El ponente de la sentencia señala —pensamos que acertadamente— que el 10 por 100 como ulterior «umbral de nivelación» se materializa en el art. 23 del Reglamento 1/2003, de 16 de febrero de 2002, pero no se aviene al Derecho de la competencia español. Esta diferencia relativa al sistema de multas español y europeo concuerda con el art. 5 del Reglamento 1/2003¹⁰. En efecto, los Estados miembros han de garantizar la ejecución de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea bajo los principios generales de efectividad y equivalencia, lo que se traduce en la práctica en que se tengan que aplicar las mismas normas sustantivas a las conductas que tengan la dimensión y características a las que se refieren estos preceptos, si bien ni el Reglamento 1/2003 ni el resto de la legislación europea armonizan cuestiones que atañen a los procedimientos y a las propias sanciones.

Es cierto que esta interpretación del límite del 10 por 100 como «escala sancionadora» y no como «umbral de nivelación» es susceptible todavía de mejora, en el sentido de que las empresas sancionadas todavía adolecen de criterios claros y nítidos sobre la cuantía de multa a la que se exponen. En cualquier caso, y esto se ha puesto ya de manifiesto¹¹ en los comentarios que se han ido publicando nada más conocerse esta sentencia, el ponente acierta al señalar que la forma alternativa de interpretar el art. 63.1 LDC —la que practica el Tribunal de Justicia de la Unión Europea— no es compatible con nuestro Derecho sancionador, en particular con el principio de legalidad de las penas (*nullum crimen, nulla poena, sine lege*) consagrado en el art. 25.1 de la Constitución Española, y que exige «la predeterminación normativa de los máximos y mínimos de las multas» fijos o en porcentaje de una magnitud también predeterminada. En este sentido, concluye la sentencia que, en caso de ser aconsejable una modificación parcial de la Ley de defensa de la competencia en su Título V, teniendo en cuenta la

¹⁰ Art. 5 del Reglamento 1/2003: «Competencia de las autoridades de competencia de los Estados miembros. Las autoridades de competencia de los Estados miembros son competentes para aplicar los arts. 81 y 82 del Tratado en asuntos concretos. A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes: [...] — imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional [...]».

¹¹ Véase, por ejemplo, J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «El límite del 10 por 100 del volumen de negocio en las multas por cártel», blog *Derecho mercantil*, de 30 de enero de 2015, disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2015/01/el-limite-del-10-del-volumen-de-negocio.html?spref=tw> (última consulta: 12 de junio de 2015).

insuficiencia de la Ley 15/2007 en este extremo, habría de ser el legislador quien se ocupe de ello.

C. LA CIFRA DE «VOLUMEN DE NEGOCIO TOTAL»

En segundo lugar, en relación a la mención del «volumen de negocios total» del art. 63.1 LDC y contrariamente a la última jurisprudencia de la Audiencia Nacional, previamente mencionada, el Tribunal Supremo confirma que los límites máximos de las multas han de ser interpretados tomando como referencia el volumen de negocio global de la empresa en todos los sectores en los que opere y no tomando como referencia únicamente el sector o mercado en el que se haya observado el ilícito anticompetitivo. El Supremo confirma que dicha interpretación respeta la capacidad económica de la empresa, además de corresponderse con una interpretación literal de la ley.

Lo cierto es que la interpretación que hacía la última jurisprudencia de la Audiencia a este respecto no tenía base legal de ningún tipo «ni literal, ni histórica, ni sistemática ni teleológica»¹², y en cambio ese tener en cuenta la capacidad económica del culpable para establecer la cuantía de la multa es considerado como el criterio más adecuado y correcto¹³.

Desde la doctrina administrativista que ya se ha ocupado de comentar este pronunciamiento se ha puesto de manifiesto¹⁴ que hay una aparente contradicción entre la primera parte de la sentencia y esta segunda, en el sentido de que la interpretación que hace el Tribunal Supremo de la naturaleza del límite del 10 por 100 de la sanción del art. 63 LDC garantiza el principio de certeza o taxatividad, mientras que la interpretación de que el volumen de mercado que debe tenerse en cuenta es el de todas las actividades económicas de la empresa infractora, y no solo el afectado por la infracción, atentaría contra el principio de proporcionalidad.

En nuestra opinión, el Tribunal Supremo es plenamente consciente de la dificultad de compatibilizar las exigencias de efectividad y capacidad disuasoria de las sanciones derivadas de los arts. 63 y 64 LDC con el principio de proporcionalidad mencionando, y así lo afirma de manera explícita en la Sentencia de 29 de enero de 2015. En este «equilibrio» entre principios, y como señala la propia sentencia, aunque el carácter disuasorio es un rasgo de las multas que debe preservarse (porque lo exige el principio de efectividad), «tal carácter ni es exclusivo de este sector del ordenamiento ni puede constituirse en el punto de referencia prevalente para el cálculo en un supuesto concreto, desplazando al principio de proporcionalidad».

¹² F. MARCOS FERNÁNDEZ (2015), *op. cit.*, p. 12, citando (en nota n. 32) los trabajos que también hemos recogido aquí de F. CACHAFEIRO (2014), y C. LILLO (2014).

¹³ J. ALFARO ÁGUILA-REAL, «El significado de la referencia al “volumen de negocios total” en el art. 63.1 LDC», blog *Derecho mercantil*, de 30 de enero de 2015, disponible en <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2015/01/el-significado-de-la-referencia-al.html> (última consulta: 10 de junio de 2015).

¹⁴ B. LOZANO CUTANDA, «El Tribunal Supremo se pronuncia sobre los criterios de cálculo de las multas de defensa de la competencia: comentario a la STS de 29 de enero de 2015», *Diario La Ley*, núm. 8497 (2015).

Es preciso señalar que, con carácter general, la Comisión Europea defendía ya esta posición bajo la aplicación del Reglamento 17/1962 al afirmar que únicamente el volumen de negocios global es una indicación válida relativa a la dimensión y potencia económica de la empresa. En caso de tener en cuenta únicamente una parte del volumen de negocios de una empresa multiproducto que está presente en diversos mercados, la multa resultaría ser demasiado baja para tener efectos disuasorios.

En las Directrices de la Comisión Europea de 2006 se incluye también una cláusula general que permite incrementar el importe de la multa más allá de las ventas de bienes y servicios a que se refiere la infracción con el fin de garantizar «un efecto suficientemente disuasorio»¹⁵. Es cierto también que el TJUE ha matizado en alguna ocasión la importancia del volumen de negocios global de la empresa infractora como indicación de la dimensión y potencia económica de esta, especialmente cuando el volumen de ventas afectado por la conducta ilícita representa únicamente una pequeña fracción de dicho volumen de negocios global¹⁶:

«Debe añadirse que, para la determinación del importe de la multa, es posible tener en cuenta tanto el volumen de negocios global de la empresa, que constituye una indicación, aunque sea aproximada e imperfecta, de su dimensión y de su potencia económica, como la parte de dicho volumen correspondiente a las mercancías objeto de la infracción, que puede dar una indicación de la amplitud de esta última. Por otra parte, de ello se deduce que no hay que atribuir a ninguna de estas dos cifras una importancia desproporcionada frente a los demás criterios de apreciación, de modo que la determinación del importe apropiado de una multa no puede ser el resultado de un mero cálculo basado en el volumen de negocios global. Este es el caso especialmente cuando las mercancías afectadas solo representan una pequeña fracción de ese volumen (véanse las sentencias *Musique Diffusion française y otros/Comisión*, antes citada, apdo. 121; de 9 de noviembre de 1983, *Michelin/Comisión*, 322/81, rec. p. 3461, apdo. 111, y de 28 de junio de 2005, *Dansk Rørindustri y otros c. otros/Comisión*, C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425, apdo. 243)».

3. EL «PRECEDENTE»¹⁷: EL AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO ALEMÁN DE 23 DE FEBRERO DE 2013

En su interpretación del límite del 10 por 100 como parte de una escala o arco sancionador, de acuerdo con los principios fundamentales que se

¹⁵ Véase apartado 30 de las Directrices, donde se señala que «la Comisión prestará especial atención a la necesidad de garantizar que las multas presenten un efecto suficientemente disuasorio; con este fin, podrá aumentar la multa impuesta a aquellas empresas que tengan un volumen de negocio particularmente importante más allá de las ventas de bienes y servicios a que se refiere la infracción».

¹⁶ Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2009, asuntos acumulados C-322/07 P, C-327/07 P y C-338/07 P, caso *Papierfabrik August Koehler AG*, apartado 114.

¹⁷ Este epígrafe y la jurisprudencia y doctrina alemanas que en él se recogen, está elaborado a partir de los acertados análisis de P. PÉREZ FERNÁNDEZ, publicados en el blog *Derecho mercantil*. Pueden consultarse en: «El Supremo alemán se separa del Tribunal de Justicia en materia de multas»,

aplican en el Derecho sancionador, nuestro Tribunal Supremo llega a la misma conclusión que el Tribunal Supremo alemán (*Bundesgerichtshof*) en su Auto de 23 de febrero de 2013, KRB 20/12, dictado en referencia al conocido «cártel del cemento alemán»¹⁸.

En la reforma de la Ley de Defensa de la Competencia (*Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB) de 2005 se había introducido en el § 81.4 una referencia a la cuantía de las multas, que coincide casi idénticamente con el tenor literal del art. 23.2 II del Reglamento 1/2003¹⁹. El § 81.5 GWB se remite al § 17.3 de la Ley alemana sobre infracciones administrativas (OWiG), que se refiere a la gravedad de la conducta, así como a las circunstancias económicas del sujeto infractor para determinar la cuantía de la multa. La autoridad de competencia alemana (Bundeskartellamt o BKArA) estableció en sus Directrices un mecanismo de cálculo de la cuantía de las multas²⁰ que coincidía con el establecido en la Comunicación de la autoridad española de 2009 y en parte también con las Directrices de 2006 que aplica la Comisión europea para el cálculo de las multas²¹.

El problema que se planteó al hilo de la multa al cártel del cemento en Alemania es si el citado § 81.4 GWB era inconstitucional por ser contrario al art. 103.2 de la Constitución alemana²². Este precepto recoge el principio de legalidad (*nulla poena sine previa lege*) como principio fundamental del Derecho sancionador, y al que ya hemos hecho referencia en un apartado precedente.

Dado que las Directrices o Comunicaciones de una autoridad administrativa como es la autoridad de competencia no tienen fuerza de ley, el

de 22 de mayo de 2013, disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/05/el-supremo-aleman-se-separa-del.html>; «Diferencias entre la política comunitaria, la alemana y la española en materia de multas derivadas de ilícitos anticompetitivos», de 6 de agosto de 2013, disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/08/diferencias-entre-la-politica.html> (último acceso: 13 de junio de 2015).

¹⁸ La STS alemán de 26 de febrero de 2013 está disponible en <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=7e7bc335b60203f78af57defba4dc b88&nr=63748&pos=0&anz=16> (última consulta: 13 de abril de 2015).

¹⁹ Dicho precepto, como ya se ha mencionado anteriormente, prevé el mismo límite de la siguiente forma: «Por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 por 100 del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior».

²⁰ El BKArA partía del volumen de ventas asociado a la conducta anticompetitiva para determinar el importe básico de la multa, que posteriormente será ajustado de acuerdo con las atenuantes o agravantes del caso y, en su caso, rebajado hasta el límite del 10 por 100 de forma *ex post*.

²¹ La Comisión europea multiplica de forma adicional las ventas por el número de años que ha tenido lugar la conducta anticompetitiva. Véase sobre esta cuestión M. BUNTSHECK, «Die gesetzliche Kappungsgrenze für Kartellgeldbußen. Bedeutung und Auslegung im Lichte der neuen Bußgeldleitlinien von Kommission und Bundeskartellamt», en *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 7, 2007, pp. 423-430, y F. ENGELSING, «Die Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission von 2006», en *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 5, 2007, pp. 470-482.

²² Art. 103.2 de la Ley fundamental de Bonn: «Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde». Véase también sobre esta cuestión K. M. MEESSEN, «Die 7. GWB-Novelle - verfassungsrechtlich gesehen», en *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 8, 2004, pp. 733-744.

Tribunal Supremo alemán se pregunta si es conforme con la Constitución y a los principios de un Estado de Derecho que la autoridad de competencia determine el importe de la multa derivada de un cártel de acuerdo al mecanismo que ha establecido en una Comunicación y, en su caso, la reduzca al límite máximo previsto legislativamente en el supuesto de superar dicho límite.

El Supremo alemán confirma la Sentencia del Tribunal Superior (*Oberlandesgericht*) de Düsseldorf, de 26 de junio de 2009²³, señalando —igual que este año ha hecho el Supremo español— que hay dos interpretaciones posibles del límite del 10 por 100 de la facturación de la empresa en el año previo. La primera es considerar que se trata de un límite, no de la sanción que se puede imponer, sino de la sanción que es exigible, de manera que el límite del 10 por 100 no afectaría al cálculo de la multa que se determina por la autoridad de competencia en función de la «gravedad y duración» de la infracción en la terminología del Reglamento 1/2003²⁴. De acuerdo con esta interpretación, el límite sería relevante únicamente en el último momento de determinación de la multa, en el supuesto de que se compruebe que la multa supera el 10 por 100 de la facturación de la empresa, en cuyo caso se procederá a reducir la multa a dicho 10 por 100 (*Kappungsgrenze*)²⁵.

La segunda interpretación sería considerar que dicho límite del 10 por 100 de la facturación forma parte de una escala sancionadora jugando un papel similar al que tiene el límite de las multas de un millón de euros para los individuos de acuerdo con la normativa de defensa de la competencia alemana (*Obergrenze*)²⁶. Este límite superior de la escala de sanciones a imponer representa la voluntad del legislador respecto de lo que sería en la práctica la mayor multa que puede imponerse por una infracción de la legislación de defensa de la competencia. Dicho límite ha de ser tenido en cuenta por la autoridad de competencia de forma *ex ante* cuando calcula el importe de la multa, incluyendo ya las posibles atenuantes o agravantes en dicho importe máximo²⁷. De acuerdo con el razonamiento del Supremo alemán —y también de nuestro Tribunal Supremo— esta interpretación es la más conforme con el principio de legalidad penal ya que conduce a considerar que es la propia ley la que determina los criterios para el cálculo

²³ La Sentencia del Tribunal Superior de Düsseldorf de 26 de junio de 2009 está disponible en <http://bit.ly/1FFM3yf> (última consulta: 13 de abril de 2015).

²⁴ Véase el art. 23.3 del Reglamento 1/2003 que señala que «a fin de determinar el importe de la multa, procederá tener en cuenta, además de la gravedad de la infracción, su duración».

²⁵ Esta interpretación es la seguida por la Comisión europea en base al apartado 32 de sus Directrices de 2006 [«por cada empresa o asociación de empresas que participen en la infracción, la multa no podrá superar el 10 por 100 del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior, de conformidad con lo dispuesto en el art. 23, apdo. 2, del Reglamento (CE) núm. 1/2003»].

²⁶ En España el art. 63.2 LDC 15/2007 prevé que «además de la sanción prevista en el apartado anterior, cuando el infractor sea una persona jurídica, se podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de sus representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión» [...].

²⁷ De acuerdo con esta lógica, si 10 por 100 es el límite máximo que se puede imponer a la empresa infractora, dicho límite ha de ser reservado para infracciones muy graves.

de la cuantía de la multa, sin determinar únicamente los límites del poder sancionador de la autoridad administrativa de competencia. En este sentido, dicho límite del 10 por 100 es también una expresión o materialización del principio de proporcionalidad de las penas.

El Tribunal Supremo alemán razona que la primera interpretación del precepto legal conduciría a su inconstitucionalidad porque faltarían en la ley los criterios relevantes para determinar la cuantía de las multas por infracciones de la normativa de defensa de la competencia. En efecto, si el 10 por 100 es solo un límite que obliga a reducir la multa *ex post*, una vez determinada su cuantía, esta —la determinación de la cuantía— se habría realizado conforme a criterios que no están —todos— en la Ley, entre ellos, el del nivel máximo posible de la sanción o multa a imponer a las infracciones más graves²⁸.

De acuerdo con esta segunda interpretación, las atenuantes adquieren relevancia puesto que han de aplicarse, no sobre la cuantía total de la multa (que puede ser superior al 10 por 100), sino sobre una multa que *ex ante* no puede superar el 10 por 100 del volumen de negocio de la empresa. Esta interpretación, como ya se ha mencionado, conduce a afirmar igualmente que una multa equivalente al 10 por 100 del volumen de facturación solo podría preverse para las conductas anticompetitivas más graves de entre todas las posibles, al igual que ocurre en el ámbito del Derecho penal, precisamente gracias a la aplicación del principio de proporcionalidad. La importancia práctica de este cambio de interpretación implica que es posible que en la mayoría de las conductas anticompetitivas no se llegue a una multa que se aproxime al 10 por 100 del volumen de ventas²⁹.

El BKarA publicó el 25 de junio de 2013 sus nuevas Directrices para la fijación de la cuantía de las multas, siguiendo la doctrina fijada en febrero de 2013 por el TS alemán relativa al límite máximo de las multas del 10 por 100 del volumen de ventas de la empresa infractora³⁰. A ellas dedicamos el siguiente epígrafe de este trabajo.

²⁸ En un sentido crítico con respecto a esta primera interpretación de acuerdo con el ordenamiento sancionador alemán véase DANNECKER y BIERMANN: «§ 81 Abs. 4 Satz 2 als Kappungsgrenze oder Bußgeldrahmenbestimmung», en U. IMMENGA y U. MESTMÄCKER (dirs.), *Wettbewerbsrecht: GWB*, 2007, Rn. 344-345.

²⁹ Véase H. ACHENBACH, «Die Kappungsgrenze und die Folgen- Zweifelsfragen des § 81 Abs. 4 GWB», en *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, núm. 1, 2009, pp. 3-25.

³⁰ Como se ha dicho antes, en las Directrices anteriores, publicadas en 2006, el BKarA interpretaba el límite del 10 por 100 como el importe máximo que podía ser exigido (*Kappungsgrenze*), de acuerdo con la doctrina europea (Comisión europea y tribunales de justicia europeos). El presidente del BKarA, Andreas Mundt, señaló la necesidad de modificar estas Directrices de fijación del importe de la multa siguiendo la jurisprudencia reciente del TS alemán. También advirtió que las multas tenderían a ser menores para pequeñas empresas «monoproducto» y que podrían ser mayores para empresas presentes en múltiples mercados cuando los acuerdos horizontales afecten únicamente a un determinado producto de los que ofrecen, reservándose la cuantía máxima del 10 por 100 para las infracciones anticompetitivas más graves. Véase en este sentido también N. JUST, «Obergrenze statt Kappungsgrenze- Kartellverstöße demnächst billiger?», en *Deutscher Anwaltspiegel*, núm. 14, 10 de julio de 2013, pp. 6-7.

4. LAS NUEVAS GUIDELINES DEL BUNDESKARTELLAMT

La justificación de la forma de proceder de la Comisión Europea, rebajando en su caso la cuantía obtenida a un 10 por 100 de manera *ex post*, se ha basado en la idea de que la aplicación del Derecho comunitario de defensa de la competencia ha de ser efectiva. El principio de efectividad del Derecho comunitario (*effet utile*) exige que en las normativas nacionales se prevean sanciones eficaces y disuasorias para evitar la concurrencia de nuevos ilícitos anticompetitivos. Esto significa que las sanciones previstas en las normativas nacionales deberán configurarse de tal manera que no se produzcan lagunas en la aplicación descentralizada del Derecho comunitario de la competencia³¹. La razón principal que tiene la Comisión Europea para considerar el límite del 10 por 100 como *Kappungsgrenze* o límite *ex post* es, por tanto, la prevención o disuasión de nuevos ilícitos anticompetitivos.

Esta misma argumentación justifica también que el 10 por 100 se calcule, no en relación con el volumen de negocio de la sociedad infractora o de la facturación relacionada con la práctica anticompetitiva sino con el volumen total de negocios —a nivel mundial o global— del grupo de empresas al que pertenece la infractora, al que se ha hecho referencia con anterioridad.

Interesa subrayar que, a pesar de la referencia a distintos principios y criterios que deben tenerse en cuenta, ni la LDC ni la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo español ofrecen a la Autoridad de Competencia una metodología clara para la fijación de sanciones. El nuevo método de determinación de la sanción de la CNMC aparece explicado con más detalle en la resolución del expediente de *Industrias Lácteas 2*, pero es claro que la nueva metodología no debería considerarse todavía como definitiva. Mientras tanto, los análisis y sugerencias de los especialistas disponen de una rara oportunidad para influir en el curso de la futura política sancionadora de la Autoridad de Competencia española.

En esta línea, el principal objetivo de este artículo es dirigir la atención al referente más claro que se ofrece a la CNMC, que son las nuevas directrices sobre multas publicadas el 25 de junio de 2013³² por el BKarA a raíz de la referida STS alemán, de 26 de febrero de 2013. El BKarA ha dispuesto desde entonces de suficiente tiempo y numerosas ocasiones para aplicar esas directrices y —atendiendo a las declaraciones de sus representantes y a las sanciones impuestas en este tiempo— todo apunta a que el resultado puede considerarse satisfactorio. Parece obligado analizar los rasgos fundamentales de estas *Guidelines* alemanas como una manera segura de orientar las decisiones de la CNMC sobre esta materia.

³¹ Esta aplicación descentralizada fue promovida por el Reglamento 1/2003, véanse los arts. 3 y 5 del mismo.

³² Directrices del Bundeskartellamt de 25 de junio de 2013 («*Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren*»), disponible en <http://bit.ly/1CheZul> (última consulta: 13 de junio de 2015).

Las directrices alemanas son llamativamente concisas: dos páginas de principios, otras dos páginas que proporcionan indicaciones más precisas sobre la fijación de sanciones, y cuatro páginas adicionales con notas explicativas sobre algunas cuestiones más complejas contenidas en la parte principal del documento. Para facilitar la comprensión de sus líneas fundamentales conviene resumir y estructurar su contenido como se muestra a continuación:

- Las directrices solo son aplicables a infracciones graves contra la competencia. Se refiere literalmente solo a los cárteles, pero en la práctica han sido aplicadas también a otro tipo de infracciones graves (acuerdos verticales, abuso de posición de dominio e intercambios de información). Solo se excluyen las infracciones relacionadas con el control de concentraciones³³.
- De acuerdo con la sentencia de su Tribunal Federal, se basan en la interpretación del límite legal máximo como el límite superior de un intervalo de sanciones (10 por 100 para las infracciones intencionadas y 5 por 100 para las no intencionadas).
- Ese límite superior del arco sancionador se calcula sobre el volumen de negocios total (VNT) del infractor en el año previo a la multa³⁴. Las directrices califican el sistema como un «marco sancionador basado en el volumen de negocio» (*«turnover-based framework of fines»*).
- Para sancionar a las empresas adecuadamente en función de su «sensibilidad al castigo», el BKarA tendrá en cuenta especialmente el tamaño de la empresa en su valoración de su posible sanción. Como consecuencia, advierten que las multas pueden variar significativamente para una misma infracción debido a este factor. Más en concreto, considera que el VNT es una variable que aproxima razonablemente la sensibilidad de la empresa ante el castigo.
- La sanción debe ser proporcional y disuasoria tanto para la propia empresa como para las demás (disuasión específica y general); para eso, la multa debe ser proporcional a la capacidad de la infracción para producir beneficios ilícitos y para causar daño («beneficio y daño potenciales» o BDP).
- El BDP de la infracción está directamente relacionado con el volumen de negocio en el mercado afectado (VNMA) durante la infracción. El documento asume como punto de partida que el BDP es un 10 por 100 del VNMA. El porcentaje efectivo puede ser mayor o menor que el supuesto, pero en un sistema de multas basado en el volumen de negocio total la sanción debe basarse en la gravedad de la infracción y no en la estimación del beneficio o del daño efectivamente producido. Cuando sea evidente que el BDP es mayor que el 10 por 100 del VNMA, puede utilizarse una cifra mayor.

³³ Se entiende que por su naturaleza no permiten aplicar los mismos criterios para la determinación de las sanciones.

³⁴ Aunque a los efectos de este trabajo no es relevante, entienden como volumen de negocio total el correspondiente al valor mundial de esta cifra (*Worldwide turnover*).

- El BDP es multiplicado por un factor para determinar un nuevo límite superior para las sanciones por encima del cual la sanción no sería en general apropiada al caso concreto y a la capacidad de pago de la empresa o a su «sensibilidad al castigo». Ese nuevo límite superior (que por lo explicado podría denominarse «límite de proporcionalidad») se obtiene multiplicando el factor multiplicador —que aumenta con el tamaño de la empresa— por el BDP.
- Las directrices insisten en que el propósito del cálculo del punto anterior no es fijar la sanción, sino determinar un nivel de la multa que no sería en general apropiado superar, ni siquiera en los casos más graves, aunque se encuentre todavía por debajo del límite legal. Por eso, cuando el valor obtenido al aplicar el factor de proporcionalidad es menor que el límite legal, el BKarA se autoimpone ese nuevo límite más bajo como límite máximo para la sanción, aunque puede superarse excepcionalmente si se constata que la sanción es demasiado baja. Por otra parte, se subraya que es perfectamente razonable que la sanción sea varias veces el BDP de la infracción por motivos de disuasión.
- Dentro del intervalo de sanciones fijado por el «límite de proporcionalidad», la multa se fijará en función de su gravedad y duración atendiendo a una «valoración global» («*global appraisal*») de todas las circunstancias relevantes de cada infracción. Sin ánimo de exhaustividad, se mencionan algunos criterios objetivos relacionados con la infracción (tipo y duración de la infracción, tamaño geográfico del mercado afectado, importancia de las empresas en esos mercados, importancia de los mercados en la economía nacional, tipo de producto afectado y grado de organización de la conducta) y otros criterios subjetivos relacionados con el infractor (entre otros, el papel de la empresa en la infracción, su posición en el mercado y la presencia de infracciones previas).
- Sin embargo, las directrices dejan claro que el peso que pueda tener un criterio específico en la multa finalmente impuesta depende de cada caso concreto, por lo que no se ofrecen pistas adicionales sobre la cuantificación de los criterios de valoración.

En la Tabla 1 se muestra a continuación un ejemplo numérico de cómo se aplican en la práctica las *Guidelines* del BKarA en lo que se refiere al límite de proporcionalidad, que puede resultar difícil de visualizar con la simple lectura de este documento. En nuestro ejemplo hemos supuesto que hay siete empresas que han formado parte de un cártel de forma que el volumen de negocios en el mercado afectado (VNMA) de cada una es igual a 20 millones de euros. La autoridad de competencia impone la sanción en 2015 de forma que supone un porcentaje del volumen de negocios total (VNT) en el año anterior. El 10 por 100 de esa cantidad, recogido en la cuarta columna, señala la máxima sanción legal, aplicable a las infracciones más graves. Para simplificar, supongamos que el BKarA considera que la sanción adecuada, después de valorar globalmente la gravedad y demás características de la infracción, es la cantidad en euros equivalente al 5 por

100 del VNT en 2014 para todas las empresas, cantidad que aparece en la quinta columna (lógicamente, equivale a la mitad del límite legal máximo). Como puede apreciarse, las multas para infracciones de la misma gravedad y con idéntico mercado afectado oscilan entre un millón y más de 160 millones de euros, porque dependen del tamaño de las empresas.

Tabla 1. Ejemplo de aplicación de las *Guidelines* del BKarA

Em- presa	VNMA en miles de euros (m€)	VNT 2014 (m€)	Máximo legal (10% VNT, m€)	Multa (5% VNT 2014, m€)	BDP de la in- fracción (10% VNMA, m€)	Factor (F) según tamaño de em- presas	Nuevo límite máximo (BDP*F, m€)	Multa ajustada (m€)	Multa ajustada (%)
A	20.000	20.000	2.000	1.000	2.000	2,20	4.404,0	1.000,0	5,0
B	20.000	60.000	6.000	3.000	2.000	2,61	5.212,1	3.000,0	5,0
C	20.000	80.000	8.000	4.000	2.000	2,81	5.616,2	4.000,0	5,0
D	20.000	200.000	20.000	10.000	2.000	3,22	6.444,4	6.444,4	3,2
E	20.000	250.000	25.000	12.500	2.000	3,28	6.555,6	6.555,6	2,6
F	20.000	750.000	75.000	37.500	2.000	3,83	7.666,7	7.666,7	1,0
G	20.000	3.250.000	325.000	162.500	2.000	4,36	8.722,2	8.722,2	0,3

Para limitar la posible falta de proporcionalidad que podría derivarse de la presencia de empresas con una actividad importante fuera del mercado afectado, las *Guidelines* introducen un límite de proporcionalidad —con frecuencia más restrictivo— que se superpone al límite legal. Primero, se estima el beneficio ilícito y daño potenciales (BDP) de la infracción como el 10 por 100 del VNMA de cada empresa, es decir, dos millones de euros; a continuación, se multiplica por un factor que aumenta con el tamaño de las empresas, como se muestra en la séptima columna³⁵. La octava columna muestra el nuevo límite, que en todos los casos, salvo para la empresa A, es más restrictivo que el máximo legal, y el BKarA asume como vinculante que las multas no pueden superar este nuevo límite, que podríamos llamar de «proporcionalidad». Por tanto, cuando las multas propuestas (quinta columna) son mayores que el límite de proporcionalidad (octava columna), se reducen hasta igualarlo, como se muestra en la penúltima columna para el caso de las cuatro empresas de mayor tamaño (D-G).

³⁵ Como indican las *Guidelines*, el factor multiplicador se encuentra entre dos-tres cuando el VNT de la empresa está entre 0 y 100 millones de euros; entre tres-cuatro cuando el VNT está entre 100 y 1.000 millones; entre cuatro-cinco cuando el tamaño esté entre 1.000 y 10.000 millones; entre cinco-seis cuando el tamaño está entre 10.000 y 100.000 millones; y es superior a seis cuando el VNT es mayor de 100.000 millones. El valor numérico específico del factor se obtiene en función del tamaño concreto de cada empresa.

Un primer comentario es que el sistema delineado en las *Guidelines* del BKarA no intenta en ningún caso estimar el beneficio ilícito o el daño efectivamente causado por las empresas infractoras. Lo que hace es utilizar un valor de referencia general basado en la literatura especializada y en la experiencia de otras autoridades de competencia (el 10 por 100 del mercado afectado) para construir un límite que asegure que las sanciones no resultan excesivas en comparación con la dimensión efectiva de la infracción, que es a su vez aproximada por el volumen de negocio en el mercado afectado, sin realizar estimaciones precisas del beneficio ilícito ni del daño causado. Por tanto, nunca podría ser utilizado como base para reclamaciones de daños ante los tribunales por los agentes perjudicados por la conducta.

Por otra parte, no cabe duda de que se trata de un caso poco verosímil, porque es poco probable que el mercado afectado por la empresa más grande sea el mismo que el de las empresas más pequeñas. Pero conviene subrayar que, de no ser por el carácter creciente del factor multiplicador a medida que aumenta el tamaño de las empresas, puede comprobarse que la aplicación estricta de este límite de proporcionalidad implicaría que a dos empresas de diferente tamaño que hubieran cometido una infracción de igual gravedad y con un mercado afectado de igual dimensión se les aplicaría el mismo límite en términos monetarios, lo que supondría cierta falta de capacidad disuasoria de las sanciones en el caso de la empresa más grande.

Por último, interesa hacer notar que en el caso de las cuatro empresas más grandes (D-G) el tipo sancionador se reduce, como se muestra en la última columna, y la reducción es mayor cuanto más grande es la empresa. En el caso de la empresa G, el tipo sancionador se reduce desde un 5 por 100 hasta un 0,3 por 100 del VNT en 2014, aunque la sanción en euros sigue siendo la más elevada. Y sin embargo, la gravedad y el mercado afectado por la infracción son iguales tanto en estas cuatro empresas más grandes como en el caso de las tres empresas de menor tamaño, que son las únicas sancionadas efectivamente con un 5 por 100 de su VNT. Por tanto, la aplicación de un límite como el descrito, que asegura la proporcionalidad de las sanciones impuestas a empresas con una amplia actividad fuera del mercado afectado, produce de hecho una pérdida del valor informativo del tipo sancionador, que dejaría de venir determinado exclusivamente por la gravedad y por las otras circunstancias de la infracción.

5. ALGUNAS CONCLUSIONES PRÁCTICAS PARA LA NUEVA POLÍTICA DE SANCIONES DE LA CNMC

Ya se ha mencionado anteriormente que ni la LDC ni la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo ofrecen a la CNMC una metodología bien definida para la fijación de sanciones, y de hecho el Alto Tribunal parece ser particularmente consciente de la dificultad de la tarea que se pone en manos de la Autoridad de Competencia. En la segunda sección de este trabajo se han resumido las principales exigencias que, de acuerdo con

nuestro criterio, el Supremo impone a la CNMC para asegurar una correcta interpretación de los arts. 63 y 64 LDC. ¿Podría inspirarse la CNMC en las *Guidelines* del BKarA para definir una nueva metodología para la determinación de sanciones que fuera respetuosa con lo exigido por el Supremo?

Las *Guidelines* se basan en una sentencia de su Tribunal Federal que tiene muchos puntos en común con la de nuestro Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, por lo que los principios en los que se inspiran son básicamente compatibles con las exigencias de nuestro Alto Tribunal. Las directrices alemanas se basan en un arco sancionador definido en función del volumen de negocio total, y recogen explícitamente la necesidad de que las sanciones sean proporcionales y disuasorias, y para ello tienen en cuenta fundamentalmente la dimensión de la concreta infracción cometida y la capacidad de pago o sensibilidad al castigo de la empresa infractora. Estos principios son los mismos que la sentencia del Supremo impone a la CNMC.

De todas formas, de cara a su posible aplicación por parte de la CNMC, varias cuestiones referentes a las directrices alemanas merecen un análisis algo más detallado. En primer lugar, a pesar de que las *Guidelines* consideran un arco sancionador definido en función del volumen de negocio, el BKarA no interpreta que la multa deba ser fijada en términos porcentuales dentro de ese marco de sanciones, y de hecho sus multas se expresan en euros, sin referencia al porcentaje que esa cantidad supone sobre el VNT. Por el contrario, la nueva jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo transmite la impresión de que la sanción, al tener que situarse en ese arco sancionador dependiendo de la gravedad de la infracción y de los otros criterios del art. 64 LDC, debe expresarse como un porcentaje del VNT previo a la multa. Esta postura es quizá más coherente con el fondo de la sentencia, pero plantea problemas de cierta envergadura cuando se tiene en cuenta el principio de proporcionalidad, especialmente en relación con las empresas que tengan una actividad considerable fuera del mercado afectado.

En segundo lugar, el nuevo marco sancionador basado en el VNT, y la fijación de sanciones en ese arco en función de la gravedad de las concretas infracciones, implica que el BKarA, con el respaldo de sus tribunales, no considera necesario estimar el beneficio ilícito o el daño efectivamente producido por las infracciones por objeto³⁶. De hecho, como se ha visto en el apartado anterior, el beneficio y daño *potenciales* de la infracción —que se asume en general igual al 10 por 100 del VNMA— no se utilizan para fijar la sanción, sino para generar un nuevo límite que asegure la proporcionalidad de las multas, por lo que queda claro que no se estiman con precisión los efectivamente producidos. Lo que parece claro es que, si se entiende en sentido amplio —es decir, no vinculado al modelo específico de las directrices alemanas— la utilización de un «límite de proporcionalidad», que se

³⁶ Aunque no se explicita de esta forma en las *Guidelines*, se entiende que solo serían aplicables a las infracciones por objeto, y no a las infracciones que dependen de que se pongan de manifiesto los efectos anticompetitivos.

superpone al límite máximo legal, responde plenamente a la insistencia de nuestro Tribunal Supremo en la adecuación de la sanción a las concretas circunstancias de la infracción.

En tercer lugar, las directrices alemanas concretan el principio de disuasión al considerar la diferente «sensibilidad ante el castigo» de los infractores según la capacidad de pago de la empresa aproximada por el VNT, y lo introducen en la determinación del límite de proporcionalidad haciendo que el factor multiplicador aumente a medida que sea mayor el tamaño de la empresa. Como consecuencia, para una misma infracción, empresas de tamaños muy diferentes recibirían sanciones mayores o menores solo en función de su VNT. Las *Guidelines* no justifican cómo fueron seleccionados los valores del factor multiplicador que utilizan para calcular el nuevo «límite de proporcionalidad», aunque puede aventurarse una explicación recurriendo a la teoría de la sanción óptima que conecta con una de las sugerencias de la sentencia del Tribunal Supremo español.

Como es sabido, la sanción esperada es disuasoria si es igual o superior al beneficio esperado de la infracción; ahora bien, la sanción esperada es la cantidad de la multa multiplicada por la probabilidad de que la infracción sea descubierta y sancionada. Para un mismo beneficio esperado de la infracción, cuanto menor sea la probabilidad de descubrimiento, mayor tendría que ser la cantidad de la sanción para ser efectivamente disuasoria. El menor factor multiplicador de las directrices alemanas es igual a dos, lo que implica que la sanción de las empresas más pequeñas puede llegar hasta el doble del beneficio y daño potenciales de la infracción. Esto implica que se está asumiendo como punto de partida una probabilidad de descubrimiento y sanción del 50 por 100.

A la luz de las conclusiones de la literatura especializada³⁷ parece más prudente asumir como valor de referencia que la probabilidad anual de descubrimiento se situaría entre 15-20 por 100. En consecuencia, el factor de proporcionalidad se situaría entre cinco y algo más de seis. Aplicar una escala entre dos-seis en vez de utilizar siempre un factor de seis introduce una progresividad de las sanciones en función de la capacidad de pago de la empresa. Pero no hay que olvidar que incluso con un multiplicador de seis se trata, en todo caso, de un factor de *proporcionalidad*, porque para empresas muy grandes o multiproducto se obtendrá un nuevo límite que

³⁷ BRYANT y ECKART (P. G. BRYANT y E. W. ECKART, «Price Fixing: The Probability of Getting Caught», *Review of Economics and Statistics*, 73, 1991, pp. 531-536) estimaron que la probabilidad anual de descubrimiento y sanción oscilaba entre 13-17 por 100. COMBE, MONNIER y LEGAL (E. COMBE, C. MONNIER y R. LEGAL, *Cartels: The Probability of Getting Caught in the European Union*, College of Europe, BEER Paper núm. 12, March 2008) estimaron que la probabilidad era del 13 por 100, y unos años después COMBE y MONNIER (E. COMBE y C. MONNIER, «Fines against hard-core cartels in Europe: the myth of over-enforcement», *Antitrust Bulletin*, vol. 56, núm. 2, verano 2011) concluían que estaba en torno al 15 por 100. ORMOSI (P. L. ORMOSI, «A tip of the iceberg? The probability of catching cartels», *Journal of Applied Econometrics*, vol. 29, Issue 4, 2014, pp. 549-566) concluyó que menos del 20 por 100 de los cárteles son descubiertos. Por fin, HARRINGTON y WEI (J. E. HARRINGTON e Y. WEI, *What Can the Duration of Discovered Cartels Tell Us About the Duration of Cartels?*, PIER Working Paper núm. 14-042, 2014) estimaron que la probabilidad oscilaba entre el 5-15 por 100.

casi con certeza será inferior al límite legal, y por tanto moderará la entidad de las sanciones sin perder de vista el objetivo disuasorio.

Finalmente, conviene recordar —como ya se adelantó brevemente al final de la tercera sección— que las *Guidelines* alemanas establecen que el peso que pueda tener un criterio específico en la multa finalmente impuesta depende de cada caso concreto, por lo que no ofrecen pistas adicionales sobre la cuantificación de los criterios de valoración. Luego, en las resoluciones, se explican los factores que han sido tenidos en cuenta, pero tampoco se ofrecen cuantificaciones ni porcentajes que permitan al lector calcular con detalle la sanción a la que llega el BKArA. A la luz del cierto carácter de «caja negra» de las directrices y de las resoluciones en este ámbito, resulta algo llamativa la rotundidad con la que el documento afirma que la sencillez de la obtención del VNT y del VNMA se traducirá «en una mayor transparencia y predictibilidad de la sanción». En cualquier caso, se trata de un enfoque razonable, aunque contrasta con la mayor información proporcionada por la Comunicación de multas de la CNC, y también por la que contienen las resoluciones de la CNC y de la CNMC. Cuando la Autoridad de Competencia española se plantee publicar unas nuevas directrices sobre multas tendrá que decidir si —en este tema específico— va a seguir más las *Guidelines* del BKArA o la antigua Comunicación de multas.

En cualquier caso, a la espera de que todas estas cuestiones vayan siendo decididas por la Autoridad de Competencia española, pueden extraerse ya dos conclusiones. Primero, la nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo debería poner fin a un largo periodo de desacuerdo entre la Autoridad de Competencia y la Audiencia Nacional, lo que llevará consigo una considerable reducción de la incertidumbre; de todas formas, una incertidumbre no despreciable seguirá existiendo mientras la CNMC continúa el proceso de fijación de su nueva metodología sancionadora, y algo de incertidumbre continuará existiendo en el caso de que la Autoridad de Competencia sigue el ejemplo del BKArA. Segundo, a pesar de las dificultades que plantea, esta interpretación definitiva de los arts. 63 y 64 LDC concede a la CNMC un margen más que suficiente para poder fijar multas que sean a la vez proporcionales y disuasorias. La responsabilidad de que así sea descansa sobre los miembros de su Consejo.

6. BIBLIOGRAFÍA Y DOCUMENTACIÓN

A. JURISPRUDENCIA Y DOCUMENTOS DE «SOFT LAW»

Comunicación sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de nuestra Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia y de los actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, de la CNC, de 6 de febrero de 2009, disponible en la página web de la CNMC: <http://www.cnmc.es/>.

Directrices del Bundeskartellamt de 25 de junio de 2013 («*Leitlinien für die Bußgeldzumessung in Kartellordnungswidrigkeitenverfahren*»), disponible en <http://bit.ly/1CheZul>.

- Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003 (2006/C 210/02), DO de 1 de septiembre de 2006, disponibles en la web de la Comisión Europea: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52006XC0901\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52006XC0901(01)).*
- Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 6 de marzo de 2013, recurso 619/2010, Bodegas Emilio Lustau S. A. (expte. CNC S/0091/08, *Vinos Jérez*).
- Sentencia del TJUE de 3 de septiembre de 2009, asuntos acumulados C-322/07 P, C-327/07 P y C-338/07 P, caso *Papierfabrik August Koehler AG*, apartado 114.
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 29 de enero de 2015, rec. núm. 2872/2013, caso *BCN Aduanas y Transportes S. A.*

B. BIBLIOGRAFÍA

- ACHENBACH, H. (2009): «Die Kappungsgrenze und die Folgen- Zweifelsfragen des § 81 Abs. 4 GWB», *Zeitschrift für Wettbewerbsrecht*, núm. 1, pp. 3-25.
- ALFARO, J. (2015): «El significado de la referencia al “volumen de negocios total” en el art. 63.1 LDC», blog *Derecho mercantil*, de 30 de enero, disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/01/el-significado-de-la-referencia-al.html>.
- (2015): «El límite del 10 por 100 del volumen de negocio en las multas por cártel», blog *Derecho mercantil*, de 30 de enero, disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/01/el-limite-del-10-del-volumen-de-negocio.html?spref=tw>.
- BRYANT, P. G., y ECKART, E. W. (1991): «Price Fixing: The Probability of Getting Caught», *Review of Economics and Statistics*, 73, pp. 531-536.
- BUNTSHECK, M. (2007): «Die gesetzliche Kappungsgrenze für Kartellgeldbußen. Bedeutung und Auslegung im Lichte der neuen Bußgeldleitlinien von Kommission und Bundeskartellamt», *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, núm. 7, pp. 423-430.
- CACHAFEIRO, F. (2013-2014): «El volumen de negocios como criterio para graduar las sanciones en el Derecho de la competencia», *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, núm. 34, pp. 153-175.
- COMBE, E., y MONNIER, C. (2011): «Fines against hard-core cartels in Europe: The myth of over-enforcement», *Antitrust Bulletin*, vol. 56, núm. 2, verano.
- COMBE, E.; MONNIER, C., y LEGAL, R. (2008): *Cartels: The Probability of Getting Caught in the European Union*, College of Europe, BEER Paper núm. 12, marzo.
- DANNECKER, G., y BIERMANN, J. (2007): «§ 81 Abs. 4 Satz 2 als Kappungsgrenze oder Bußgeldrahmenbestimmung», en IMMENGA, U., y MESTMÄCKER, U. (dirs.), *Wettbewerbsrecht: GWB*, Rn. 344-345.
- ENGELSING, F. (2007): «Die Bußgeldleitlinien der Europäischen Kommission von 2006», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 5, pp. 470-482.
- GARCÍA-VERDUGO, J. (2015): *Una evaluación económica de la revisión judicial de las sanciones impuestas por la CNMC por infracciones anticompetitivas*, Documento de Trabajo 48/2015, Serie Política de la Competencia, Madrid, Centre for Competition Policy, Instituto Universitario de Estudios Europeos, pp. 1-15. Disponible en <http://hdl.handle.net/10637/7259>.
- HARRINGTON, J. E., y WEI, Y. (2014): *What Can the Duration of Discovered Cartels Tell Us About the Duration of Cartels?*, PIER Working Paper núm. 14-042, disponible en SSRN:<http://ssrn.com/abstract=2526324> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2526324>.

- JUST, N. (2013): «Obergrenze statt Kappungsgrenze- Kartellverstöße demnächst billiger?», *Deutscher Anwaltspiegel*, núm. 14, 10 de julio, pp. 6-7.
- LILLO, C. (2014): «La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y de la Distribución*, núm. 15, pp. 51-82.
- LOZANO, B. (2015): «El Tribunal Supremo se pronuncia sobre los criterios de cálculo de las multas de defensa de la competencia: comentario a la STS de 29 de enero de 2015», *Diario La Ley*, núm. 8497.
- MARCOS, F. (2015): *Blowing hot and cold: the last Word of the Supreme Court on setting fines for Competition Law infringements in Spain*, Working Paper IE Law School, AJ8-220-1, 19 de febrero.
- MEESSEN, K. M. (2004): «Die 7. GWB-Novelle - verfassungsrechtlich gesehen», *Wirtschaft und Wettbewerb*, núm. 8, pp. 733-744.
- ORMOSI, P. L. (2014): «A tip of the iceberg? The probability of catching cartels», *Journal of Applied Econometrics*, vol. 29, Issue 4, pp. 549-566.
- ORTEGA, J. (2015): «Como agua de mayo: Comentario a la STS de 29 de enero de 2015 en su valoración de los criterios de *soft law* que aplica la CNC (actual CNMC)», en el blog *Derecho mercantil*, 27 de mayo, disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2015/05/como-agua-de-mayo.html>.
- PÉREZ, P. (2013): «El Supremo alemán se separa del Tribunal de Justicia en materia de multas», de 22 de mayo, blog *Derecho mercantil*, disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/05/el-supremo-aleman-se-separa-del.html>.
- (2013): «Diferencias entre la política comunitaria, la alemana y la española en materia de multas derivadas de ilícitos anticompetitivos», de 6 de agosto, blog *Derecho mercantil*, disponible en <http://derechomercantilesmana.blogspot.com.es/2013/08/diferencias-entre-la-politica.html>.

LA RELACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA Y NUESTROS ÓRGANOS JURISDICCIONALES *

María Flora MARTÍN MORAL

Profesor Ayudante Doctor de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid

1. INTRODUCCIÓN

La aplicación del Derecho de la competencia puede realizarse desde una doble perspectiva: la pública y la privada. Cuando hacemos referencia a la aplicación pública del Derecho de la competencia (*public enforcement*), estamos aludiendo a la tutela ejercida por vía administrativa, es decir, a la aplicación que llevan a cabo las autoridades de competencia (la Comisión Europea y las Autoridades Nacionales de la Competencia —en el caso español, principalmente, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia—) con el fin de preservar el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos. Sin embargo, cuando hablamos de su aplicación privada (*private enforcement*)¹, nos referimos a la realizada por los órganos jurisdiccionales (en España, los Juzgados de lo Mercantil)², principalmente, en respuesta de acciones privadas de reclamación de los

* Este trabajo se ha desarrollado en el marco de los Proyectos del MICINN «Competencia y distribución: Nuevos retos en la sociedad globalizada y en contextos de crisis económica» (DER2014-58774-R), Universidad de Valladolid, y «El Proceso Penal contra Empresas» (DER2011-27825), Universidad de Burgos.

¹ Desde una perspectiva procesal, me adhiero a la advertencia que, sobre la inadecuación de la expresión «aplicación privada», realiza M. V. TORRE SUSTAETA, «El Derecho de la competencia y la articulación de sus vías de tutela: sobre la vinculación de la resolución judicial administrativa», *La Ley Mercantil*, núm. 10, 2015, disponible en laleydigital.laley.es, al afirmar, que «desde el punto de vista de los órganos aplicadores del Derecho de la competencia se observa que tanto las ANC, en España la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia, como los órganos jurisdiccionales, ostentan naturaleza pública y no otra, aunque los primeros pertenezcan al poder ejecutivo y los segundos al judicial», puntualizando que «una “aplicación privada”, *stricto sensu*, no sería la judicial sino otro tipo de vía de resolución de conflictos, privada y extrajudicial, como podría ser la mediación o el arbitraje».

² Disposición Adicional primera LDC: «De acuerdo con lo dispuesto en el art. 86 ter.2, letra f) de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los arts. 1 y 2 de la presente Ley».

daños y perjuicios causados por una infracción del Derecho de la competencia³.

Ante el peligro de resoluciones contradictorias que podrían dar lugar a situaciones de inseguridad jurídica, se han habilitado una serie de mecanismos, tanto a nivel comunitario [arts. 15 y 16 del Reglamento (CE) 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado]⁴, como a nivel interno (art. 16 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia —en adelante, LCD— arts. 15 bis, 434 y 465 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil —en adelante, LEC—), que facilitan la cooperación y la coordinación entre las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales.

2. LA RELACIÓN ENTRE LA COMISIÓN Y LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES

El Reglamento 1/2003, con el fin de conseguir una aplicación coherente y uniforme de las normas comunitarias de competencia (arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea —en adelante, TFUE—), instaura mecanismos de cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros y la Comisión, e introduce una regla que hace vinculantes para los órganos jurisdiccionales, las decisiones de la Comisión.

A. LA COOPERACIÓN DE LA COMISIÓN CON LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES

El art. 15 del Reglamento 1/2003 introduce una serie de medidas de cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales, en aras del buen fin de aquellos procedimientos en los que sean de aplicación los arts. 101 y 102 TFUE. Tal y como ha afirmado el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en Sentencia de 11 de junio de 2009, asunto C-429/07, *Inspecteur van de Belastingdienst contra X BV*, «dicha cooperación deriva del principio de cooperación leal entre las instituciones comunitarias y las autoridades nacionales que establece el art. 10 CE», la obligación de cooperación «reviste especial importancia cuando afecta a las autoridades judiciales de los Estados miembros encargadas de

³ Entre otros, C. HERRERO SUÁREZ, «La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo. El Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, 2008, disponible en laleydigital.laley.es; QUIJANO GONZÁLEZ, «Derecho de la competencia y responsabilidad por daños: lo común y lo especial», en L. A. VELASCO SAN PEDRO y C. ALONSO LEDESMA (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 492; M. V. TORRE SUSTAETA, «El Derecho de la competencia...», *op. cit.*

⁴ Las referencias a los arts. 81 y 82 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea han de entenderse realizadas a los actuales arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

velar por la aplicación y el respeto del Derecho comunitario en el ordenamiento jurídico nacional».

La comunicación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales opera en una doble dirección:

a) La Comisión, a requerimiento de los órganos jurisdiccionales nacionales, debe remitir a estos la información que obre en su poder y elaborar dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias (art. 15.1 del Reglamento 1/2003). Así como, por iniciativa propia, presentar observaciones por escrito, pudiendo ser estas verbales con la venia del correspondiente órgano jurisdiccional nacional (art. 15.3 del Reglamento 1/2003).

- Transmisión de la información que obre en su poder: a modo de ejemplo, la Comunicación 2004/C 101/04, de la Comisión, relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la UE para la aplicación de los arts. 81 y 82 CE (actuales arts. 101 y 102 TFUE)⁵ afirma que un órgano jurisdiccional nacional puede solicitar a la Comisión «documentos que obren en su poder o información de carácter procedimental que le permita saber si un determinado asunto está pendiente ante la Comisión, si esta ha iniciado oficialmente un procedimiento o si ya ha adoptado una posición». Asimismo, puede «preguntar a la Comisión sobre la fecha probable de adopción de una decisión, para poder determinar si se cumplen las condiciones para decidir la suspensión de un procedimiento o si es necesario adoptar medidas cautelares». La Comisión, en el plazo de un mes a contar desde la recepción de la solicitud⁶, remitirá la citada información, asegurándose de que el órgano receptor garantizará, en todo caso, la información y secretos comerciales confidenciales⁷.
- Presentación de dictámenes sobre cuestiones referentes a la aplicación de las normas comunitarias de competencia: los órganos jurisdiccionales nacionales pueden solicitar a la Comisión que, sin entrar a considerar el fondo del asunto pendiente, se pronuncie sobre la aplicación de las normas comunitarias de competencia. La Comisión en el plazo de cuatro meses, a contar desde la

⁵ Tal y como aclaran, J. ADRIÁN ARNÁIZ Y J. QUIJANO GONZÁLEZ, «Procedimiento de aplicación de las reglas sobre competencia de los arts. 81 y 82 del TCE», en L. A. VELASCO SAN PEDRO (COORD.), *Derecho Europeo de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2005, p. 428, «la Comunicación persigue un fin de ayuda a los órganos jurisdiccionales, pero ni es vinculante para ellos ni afecta a los derechos y obligaciones de los Estados miembros y de las personas físicas y jurídicas conforme al Derecho comunitario».

⁶ No obstante, según la Comunicación 2004/C (22), «cuando la Comisión tenga que pedir al órgano jurisdiccional nacional aclaraciones referentes a su solicitud o cuando tenga que consultar a las partes afectadas directamente por la transmisión de la información, dicho plazo comenzará a contar a partir del momento en que reciba la información solicitada».

⁷ Con más detalle, la Comunicación 2004/C en sus apartados 21-26.

recepción de la solicitud⁸, remitirá el citado dictamen, que podrá versar sobre cuestiones económicas, jurídicas y de hecho⁹.

- Presentación de observaciones: tal y como se acaba de indicar, la Comisión podrá realizar observaciones escritas o verbales, estas últimas exclusivamente a instancia del órgano jurisdiccional nacional correspondiente. Según la Comunicación 2004/C, «la Comisión limitará sus observaciones a un análisis económico y jurídico de los hechos subyacentes al asunto pendiente ante el órgano jurisdiccional nacional»¹⁰.

- b) Los órganos jurisdiccionales nacionales, con el fin de hacer posibles las citadas tareas, deben facilitar a la Comisión la documentación necesaria para poder formular las observaciones escritas o verbales (párr. 2.º del art. 15.3 del Reglamento 1/2003), así como remitirle copia del texto íntegro de las sentencias que se pronuncien sobre la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE (art. 15.2 del Reglamento 1/2003)¹¹.

En consonancia con lo dispuesto en el citado art. 15 del Reglamento 1/2003, y con motivo de la aprobación de la Ley 15/2007, de 13 de julio, de Defensa de la Competencia, el legislador español incorpora a la Ley de Enjuiciamiento Civil el art. 15 bis, que habilita la vía procesal oportuna para facilitar la intervención de la Comisión como *amicus curiae* en los procesos de defensa de la competencia.

Sin ánimo de menospreciar tales mecanismos de cooperación ni de cuestionar la relevancia de la interpretación que del Derecho comunitario realiza la Comisión, hemos de aclarar que tales informaciones, dictámenes y observaciones no resultan vinculantes para los Tribunales nacionales. Afirma el Tribunal Supremo que «son las decisiones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea dictadas en el procedimiento previsto en el art. 234 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (actual art. 267 TFUE —cuestión prejudicial—), con la finalidad de garantizar la interpretación uniforme del Derecho comunitario por los órganos jurisdiccionales nacionales las que despliegan un efecto vinculante para estos y no solo en el caso de que las cuestiones se planteen, sino también cuando la cuestión litigiosa sea idéntica a otra que ya hubiera sido objeto de una decisión con carácter prejudicial, en el marco del mismo asunto judicial —Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 4 de noviembre de 1997—»¹².

⁸ No obstante, según la Comunicación 2004/C (28), «cuando la Comisión haya solicitado más información al órgano jurisdiccional nacional para poder pronunciarse, dicho plazo comenzará a contar a partir del momento en que reciba la información adicional».

⁹ Con más detalle, la Comunicación 2004/C en sus apartados 27-30.

¹⁰ Con más detalle, la Comunicación 2004/C en sus apartados 31-35.

¹¹ Tal y como indica el art. 212 LEC, tales sentencias «se comunicarán por el secretario judicial a la Comisión Nacional de la Competencia», esta, a su vez, tal como dispone el art. 16.4 LDC, «remitirá a la Comisión Europea una copia del texto de las sentencias que se pronuncien sobre la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales arts. 101 y 102 TFUE)».

¹² La STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª) núm. 312/2011, de 5 de mayo, argumentaba de este modo, en referencia a un supuesto en el que el Juzgado de lo Mercantil núm. 4 de Madrid había soli-

B. LA VINCULACIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES POR LAS DECISIONES DE LA COMISIÓN

El art. 16 del Reglamento 1/2003 consagra el principio de aplicación uniforme de la normativa comunitaria en materia de competencia, disponiendo para ello que, cuando los órganos jurisdiccionales nacionales, así como las autoridades de competencia nacionales, se pronuncien sobre acuerdos, decisiones o prácticas en virtud de los arts. 101 o 102 TFUE que ya hayan sido objeto de una decisión de la Comisión, «no podrán adoptar resoluciones incompatibles con la decisión adoptada por la Comisión» (art. 16.1 —primer inciso— y 2 del Reglamento 1/2003). Asimismo, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán evitar adoptar «decisiones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión prevista por la Comisión en procedimientos que ya haya incoado» (segundo inciso del art. 16.1 del Reglamento 1/2003). Como podemos observar, el citado precepto del Reglamento 1/2003 distingue dos supuestos:

- a) Su primer inciso alude a situaciones en las cuales la decisión de la Comisión es anterior a la del órgano jurisdiccional nacional. En estos casos, se dispone que este último no podrá adoptar «soluciones incompatibles con la decisión de la Comisión».

Es decir, las decisiones de la Comisión en materia de competencia vinculan a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros¹³. Por lo que, siempre que la Comisión Europea detecte una infracción de los arts. 101 o 102 TFUE, «las víctimas de la infracción podrán [...] basarse en esa decisión como prueba vinculante en demandas civiles por daños y perjuicios»¹⁴.

No obstante, el efecto obligatorio de la decisión de la Comisión no afecta a la interpretación del Derecho comunitario por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por ello, si el órgano jurisdiccional nacional albergase dudas sobre la legalidad o la validez de la decisión de la Comisión, creyendo conveniente dictar

citado de la Comisión «la transmisión de dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias», decidiendo el conflicto en un «sentido opuesto al contenido en las opiniones e información recibidas».

En esta misma línea, STJCE (Sala 4.^a), de 11 de junio de 2009 (caso *Inspecteur van de Belastingdienst contra X BV*), en relación con unas «observaciones» presentadas por la Comisión, afirma que estas «tienen un alcance meramente indicativo y su finalidad es asegurar la aplicación coherente de las normas de competencia».

¹³ En este sentido, C. HERRERO SUÁREZ, en *op. cit.*, subraya que: «Rechazando soluciones intermedias, como la fijación de presunciones rebatibles de validez de las decisiones de las autoridades de competencia, el ejecutivo comunitario, defiende como mejor medida el reconocimiento, en los procesos civiles de indemnización de daños y perjuicios, del carácter vinculante de las decisiones finales de las autoridades de competencia en las que se constate la infracción de los arts. 81 o 82 del tratado CE. La Comisión defiende que, una vez que todas las vías en el ámbito administrativo (con los correspondientes recursos, en su caso, ante la jurisdicción contencioso-administrativa) han sido agotadas, no existe razón que justifique volver a litigar esos mismo hechos ante los Tribunales civiles en el ejercicio de acciones indemnizatorias».

¹⁴ Libro Blanco sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, Bruselas, 2 de abril de 2008, COM (2008) 165 final.

una decisión en sentido contrario, deberá previamente presentar la cuestión prejudicial que configura el art. 267 TFUE¹⁵.

b) Su segundo inciso hace referencia a situaciones en las que el órgano jurisdiccional nacional aún no ha resuelto, estando pendiente, a su vez, un procedimiento ante la Comisión, que pudiera determinar su fallo.

- Si el órgano jurisdiccional nacional no tiene ninguna duda razonable sobre «la decisión que podrá adoptar la Comisión o cuando esta ya haya adoptado una decisión en un asunto similar», podrá resolver sin realizar consulta alguna a la Comisión ni esperar a su decisión [Comunicación 2004/C (12)].
- El órgano jurisdiccional nacional puede informarse sobre la existencia y estado del procedimiento, es decir, «puede preguntar a la Comisión si ha iniciado un procedimiento relacionado con los mismos acuerdos, decisiones o prácticas y, de ser así, en qué estado se encuentra el procedimiento y si resulta probable que se adopte una decisión en dicho asunto» [Comunicación 2004/C (12)].
- Por motivos de seguridad jurídica, el órgano jurisdiccional nacional puede optar por «suspender su procedimiento hasta que la Comisión haya llegado a una decisión»¹⁶ [Comunicación 2004/C (12)]. En nuestro Derecho interno, los arts. 434 y 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dedicados respectivamente a la «sentencia» y a la «resolución de la apelación», habilitan la vía para poder suspender el plazo para dictar sentencia en los procedimientos relativos a la aplicación de los arts. 101 y 102 del TFUE.

¹⁵ Con más detalle, la Comunicación 2004/C (13) afirma que: «Cuando la Comisión llegue a una decisión en un asunto concreto antes que el órgano jurisdiccional nacional, este último no podrá tomar una decisión contraria a la de la Comisión. Evidentemente, el efecto obligatorio de la decisión de la Comisión no afecta a la interpretación del Derecho comunitario por parte del Tribunal de Justicia. Por tanto, si el órgano jurisdiccional nacional pone en duda la legalidad de la decisión de la Comisión, no puede evitar los efectos obligatorios de esa decisión sin un fallo en sentido contrario al del Tribunal de Justicia [art. 234 CE (actual art. 267 TFUE)]. Este último se pronunciará entonces sobre la compatibilidad de la decisión de la Comisión con el Derecho comunitario. Sin embargo, si se impugna la decisión de la Comisión ante los tribunales comunitarios de conformidad con el art. 230 CE (actual art. 263 TFUE) y el resultado del litigio ante el órgano jurisdiccional nacional depende de la validez de la decisión de la Comisión, el órgano jurisdiccional nacional deberá suspender su procedimiento hasta que los tribunales comunitarios dicten resolución definitiva en el recurso de anulación, a no ser que considere que, en las circunstancias que hagan al caso, está justificado plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la validez de la Decisión de la Comisión».

¹⁶ En opinión de M. V. TORRE SUSTAETA, «El Derecho de la competencia...», *op. cit.*, «desde el momento en que el legislador delega en los órganos jurisdiccionales la responsabilidad potestativa de suspender el proceso cuando resulte necesario conocer la resolución administrativa, se está asumiendo (aunque no se reconozca expresamente), la posibilidad de una cierta “prejudicialidad administrativa”».

3. LA RELACIÓN ENTRE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES

La Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, dispone, en su art. 4.1, que «la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia velará por la aplicación uniforme de la normativa sectorial y general de competencia en todo el territorio mediante la coordinación con los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y la cooperación con la Administración General del Estado y con los órganos jurisdiccionales»¹⁷.

Con este fin, el art. 16 de la Ley de Defensa de la Competencia crea una serie de mecanismos que hacen posible tan estrecha colaboración entre las autoridades nacionales de competencia y los órganos jurisdiccionales. Dicho artículo tiene como fin el proporcionar ayuda a los jueces para la resolución de conflictos en materia de competencia, mediante la intervención como *amicus curiae* de las citadas autoridades de competencia, así como procurar una aplicación coherente de la normativa de la competencia, que dote al sistema de seguridad jurídica¹⁸.

A. LA COOPERACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y OTRAS AUTORIDADES AUTONÓMICAS DE COMPETENCIA CON LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

La Ley de Defensa de la Competencia prevé la participación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y de las autoridades autonómicas de competencia, como *amicus curiae* en los procedimientos de aplicación de la normativa de competencia por parte de los órganos jurisdiccionales (arts. 16 LDC y 15.3 del Reglamento 1/2003). La comunicación entre Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y las autoridades autonómicas de competencia y los órganos jurisdiccionales opera en una doble dirección:

¹⁷ El derogado art. 26.2 LDC, en parecidos términos a los de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, reconocía estas mismas competencias a la Comisión Nacional de la Competencia: «La Comisión Nacional de la Competencia velará por la aplicación coherente de la normativa de competencia en el ámbito nacional, en particular mediante la coordinación de las actuaciones de los reguladores sectoriales y de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y la cooperación con los órganos jurisdiccionales competentes».

Es conveniente destacar que las funciones de «coordinar y gestionar las relaciones con Juzgados y Tribunales para el ejercicio de las competencias que la ley atribuye a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en relación con ellos», corresponden a la Secretaría del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (art. 11 del Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia).

¹⁸ En este sentido, J. GUILLÉN CARAMÉS, «La cooperación entre jueces y autoridades administrativas en la aplicación privada del Derecho de la competencia», en L. A. VELASCO SAN PEDRO y C. ALONSO LEDESMA (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 8.

a) Por mor de lo dispuesto en los párrafos 1.º y 2.º del art. 16 LDC, tanto la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como las autoridades autonómicas correspondientes, en el ámbito de sus competencias, podrán, por propia iniciativa, aportar información o presentar observaciones a los órganos jurisdiccionales.

Mientras que las intervenciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrán versar sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE o los arts. 1 y 2 LDC (art. 16.1 LDC), las de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, únicamente podrán referirse a la aplicación estos últimos (art. 16.2 LDC). Esta asimetría está completamente justificada, al corresponder en todo caso al Estado la aplicación en España de los arts. 101 y 102 TFUE y de su Derecho derivado [vid. art. 1.5.d) de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia]. Las autoridades autonómicas de competencia, podrán intervenir, única y exclusivamente, cuando las conductas anticompetitivas, «sin afectar a un ámbito superior al de una Comunidad Autónoma o al conjunto del mercado nacional, alteren o puedan alterar la libre competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma» (art. 1.3 de la Ley 1/2002). La lectura aislada del art. 16 LDC, podría llevar a pensar que el impulso de tales intervenciones solo puede provenir de la autoridad nacional o autonómica de competencia («por propia iniciativa»)¹⁹. Si bien, la interpretación conjunta del citado precepto y del art. 15 bis LEC, permite afirmar que tal intervención también podrá ser requerida por el órgano jurisdiccional («por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial»)²⁰.

Pese a la ubicación del art. 15 bis LEC dentro del Capítulo II, del Título I, del Libro I, dedicado a «la pluralidad de las partes», el legislador ha querido subrayar que la intervención de las autoridades administrativas de competencia²¹ tendrá lugar sin que estas

¹⁹ Obsérvese la asimetría entre el art. 16.1 LDC y el art. 15.3 del Reglamento 1/2003. Mientras que el primero dispone que la aportación de información se realizará por «propia iniciativa» de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el art. 15.1 del Reglamento 1/2003 exige que sean los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros los que soliciten tal información a la Comisión.

²⁰ Sorprende la falta de paralelismo entre los arts. 16 LDC y 15 bis LEC, más aun teniendo en cuenta que el art. 15 bis LEC se introduce en 2007, con motivo de la aprobación de la Ley de Defensa de la Competencia (Disp. Adic. 2.ª1 LDC).

Tal y como advierte M. V. TORRE SUSTAETA, «La prueba en los procesos civiles relativos a la reparación de los daños y perjuicios por infracción de la normativa de Defensa de la Competencia. A propósito de la propuesta de Directiva del 11 de junio de 2013», *La Ley Mercantil*, núms. 4-5, 2014, disponible en *laleydigital.laley.es*, «este precepto (haciendo referencia al art. 15 bis LEC) no habilita a las partes a solicitar su intervención, siendo únicamente por iniciativa de la ANC o a instancia del órgano jurisdiccional. De ahí que el único mecanismo al cual pudieran recurrir las partes para solicitar la intervención de la CE, CNMC o autoridad autonómica competente, sea el habilitado por el art. 330 de la LEC».

²¹ Incluida la Comisión Europea, a cuya labor de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales hemos hecho referencia en el epígrafe 2.A.

reúnan la «condición de parte». Es decir, actuarán como un *amicus curiae*²², persiguiendo con su actuación «la adopción de una resolución por parte de los jueces coherente con la aplicación que ellos desarrollan del Derecho de la competencia»²³.

Las intervenciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y de las autoridades autonómicas de competencia podrán consistir en la transmisión de la información que obre en su poder o en la presentación de observaciones escritas o verbales:

- Transmisión de la información que obre en su poder: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia facilitará a los órganos jurisdiccionales la información relativa a los arts. 101 y 102 TFUE y a los arts. 1 y 2 LDC —también lo harán las autoridades autonómicas de competencia, únicamente en referencia a los citados artículos de la Ley de Defensa de la Competencia—, no obstante, la aportación de información no alcanzará a los datos o documentos obtenidos en el marco de solicitudes de clemencia²⁴.
- Presentación de observaciones: la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá formular observaciones escritas o verbales, relativas a la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE y a los arts. 1 y 2 LDC —también las autoridades autonómicas de competencia, pero únicamente en relación a los arts. 1 y 2 LDC—. En el caso de pretender presentar observaciones verbales, las autoridades de competencia habrán de contar con la venia del órgano judicial. Tales observaciones no resultan en ningún caso vinculantes para el órgano jurisdiccional que las recibe²⁵.

b) Con ánimo de hacer posible la preparación de observaciones por parte de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y de las autoridades autonómicas de competencia, estas «podrán

²² J. GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, «Acciones de responsabilidad por daños anticompetitivos y la responsabilidad de las autoridades públicas. La figura del *amicus curiae* en España», en *Daños antitrust, Derecho europeo de la competencia y jueces: acciones públicas y privadas en aplicación de los arts. 101, 102 y 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por los jueces nacionales*, Red Europea de Formación Judicial (Materiales de trabajo-Cursos de la REFJ/EJTN, Barcelona, 2012), 2012, disponible en www.poderjudicial.es: compara el rol del *amicus curiae* con el de un perito propuesto por el juez, afirmando, que «la diferencia principal es que el *amicus curiae* emite una interpretación del Derecho además de un análisis de los hechos mediante la aportación de fuentes adicionales de información objetiva. No sirve por tanto a los intereses privados de los litigantes». Por su parte, M. V. TORRE SUSTAETA, «La prueba...», *op. cit.*, afirma que el *amicus curiae* se configura en nuestro ordenamiento jurídico «como un híbrido entre la figura que desempeña el Ministerio Fiscal, velar por el interés público, teniendo en consideración su ubicación en el art. 15 bis, bajo la regulación del Ministerio Fiscal en los procesos colectivos —situada en el art. 15 de la LEC— y la función de un perito del Tribunal —asimilándose al objeto del dictamen de peritos que se regula en el art. 335 de la LEC—».

²³ J. GUILLÉN CARAMÉS, *op. cit.*, p. 252.

²⁴ Art. 15 bis.1 II LEC: «La aportación de información no alcanzará a los datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o reducción del importe de las multas previstas en los arts. 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia».

²⁵ En este sentido, J. GUILLÉN CARAMÉS, *op. cit.*, p. 258.

solicitar al órgano jurisdiccional competente que les remita o haga remitir todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate» (art. 15.1 bis LEC y, en idénticos términos, el párr. 2.º del art. 15.3 del Reglamento 1/2003). Por su parte, los órganos jurisdiccionales, de oficio, tendrán el deber de comunicar los autos de admisión a trámite de las demandas y las sentencias que se pronuncien en los procedimientos sobre la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE o de los arts. 1 y 2 LDC (primer inciso del art. 16.3 LDC). La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, será la encargada de habilitar los mecanismos necesarios para, en su caso, comunicar estas sentencias a los órganos autonómicos de competencia (segundo inciso del art. 16.3 LDC).

B. LA VINCULACIÓN DE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES POR LAS RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA Y DE LAS AUTORIDADES AUTONÓMICAS DE COMPETENCIA

En el Derecho de la competencia español no existe una previsión paralela a la del ya analizado art. 16 del Reglamento 1/2003. Es decir, las decisiones y resoluciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, así como las de las autoridades autonómicas de defensa de la competencia, no son, en principio, vinculantes para los órganos jurisdiccionales nacionales²⁶.

Tal y como ha afirmado el Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 634/2014, de 9 de enero de 2015, una decisión de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es un «acto administrativo», sujeto, por tanto, al régimen de los actos administrativos. En consecuencia, la existencia previa de tales decisiones no impide a la jurisdicción civil «el enjuiciamiento sobre la misma cuestión», reconociendo, no obstante, que estas pueden constituir «un instrumento de convicción de gran autoridad».

En el caso de que tales decisiones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hayan sido objeto de un recurso contencioso-administrativo, «la resolución firme que lo resuelve sí vincula al tribunal civil (incluye el mercantil, en cuanto forma parte de este orden jurisdiccional civil) que debe pronunciarse sobre la nulidad de aquella cláusula», produciendo esta, previa resolución contencioso-administrativa, «un efecto condicionante o prejudicial para el posterior enjuiciamiento del tribunal civil» [STS (Sala de lo Civil) núm. 634/2014, de 9 de enero de 2015]. Es decir, «lo

²⁶ En este sentido, F. CANTOS, E. CARRERA y P. GONZALO, «La aplicación privada del Derecho de la competencia en España y en el Derecho comparado: la propuesta de Directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 36, 2013, disponible en laleydigital.laley.es, afirman que «los jueces civiles pueden perfectamente reexaminar los hechos y los aspectos jurídicos —incluida la calificación jurídica— que ya investigó y evaluó una autoridad pública de competencia especializada y, eventualmente, la resolución adoptada por la última instancia de revisión».

juzgado en un proceso produce efectos prejudiciales en otro —asimilados a la “cosa juzgada”— cuando el nuevo objeto procesal coincide en parte con el del proceso anterior» [STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 23/2012, de 26 de enero]²⁷.

Jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional ha venido a reconocer que «si existiese una resolución firme dictada en un orden jurisdiccional, otros órganos judiciales que conozcan del mismo asunto deberán también asumir como ciertos los hechos declarados tales por la primera resolución, o justificar la distinta apreciación que hacen de los mismos» [STC (Sala 1.ª), núm. 158/1985, de 26 de noviembre]²⁸. Resulta inadmisibles «la existencia de pronunciamientos contradictorios en las resoluciones judiciales de los que resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron», ello no solo «es incompatible con el principio de seguridad jurídica (art. 9 CE), sino también con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE)» [STC (Sala 1.ª), núm. 192/2009, de 28 de septiembre]. Si bien es cierto, «esto no implica que en todo caso los órganos judiciales deban aceptar siempre de forma mecánica los hechos declarados por otra jurisdicción, sino que una distinta apreciación de los hechos debe de ser motivada» [STC (Sala 1.ª), núm. 34/2003, de 25 de febrero].

El Tribunal Supremo, en su Sentencia núm. 651/2013, de 7 de noviembre, en el marco de la derogada Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia²⁹, afirma que la vinculación por los hechos considerados probados en anteriores resoluciones judiciales, tiene plenamente sentido en un sistema calificado como de *follow-on claims* «en el que los perjudicados ejercitan la acción de indemnización de daños y perjuicios una vez que ha quedado firme la sentencia de la jurisdicción contencioso-administrativa que ha decidido si concurría la conducta ilícita por contravenir la Ley de Defensa de la Competencia, para lo cual era preciso partir de los hechos constitutivos de la conducta calificada como ilícita por anticompetitiva».

²⁷ La citada STS (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), núm. 23/2012, de 26 de enero, reconoce en su fallo «el derecho de la recurrente a que el Tribunal Central de Trabajo dicte sentencias que tomen en consideración la dictada anteriormente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Albacete de 16 de abril de 1984, aceptando los hechos declarados probados en ella, o razonando su discrepancia».

²⁸ Resulta interesante, al efecto, el breve estudio que realiza sobre los autos y sentencias del Tribunal Constitucional que se ocupan de la cosa juzgada, A. DE LA OLIVA SANTOS, *Sobre la cosa juzgada (civil-contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, pp. 190 y ss.

²⁹ La STS (Sala de lo Civil) núm. 651/2013, de 7 de noviembre, alude al art. 13.2 de la derogada Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (advuértase que la demanda, origen de estas actuaciones, se presentó en el Decanato de los Juzgados de Madrid de 20 de abril de 2007, fecha anterior a la de la entrada en vigor de la Ley de Defensa de la Competencia actual —1 de septiembre de 2007—). Dicho precepto disponía que «la acción de resarcimiento de daños y perjuicios, fundada en la ilicitud de los actos prohibidos por esta Ley, podrá ejercitarse por los que se consideren perjudicados, una vez firme la declaración en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional...».

Según M. V. TORRE SUSTAETA, «El Derecho de la competencia...», *op. cit.*, siguiendo a la doctrina mayoritaria, el citado precepto recogía un «requisito de procedibilidad administrativa» que, en su condición de presupuesto procesal, mermaba la autonomía de la jurisdicción civil para conocer de las pretensiones resarcitorias haciéndolas depender de una resolución administrativa previa».

El caso español no es único en el ámbito de la Unión Europea. El Libro Blanco de la Comisión Europea sobre acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, de 2 de abril de 2008 (en adelante, Libro Blanco), observaba que no en todos los Estados miembros de la Unión Europea existía una norma similar al ya citado art. 16 del Reglamento 1/2003, advirtiendo que no encontraba razones por las que una resolución final relativa a los arts. 101 y 102 TFUE³⁰ tomada por una Autoridad Nacional de la Competencia de la Red Europea de Competencia (REC) y una sentencia firme adoptada por una instancia de revisión, que ratifique la resolución de la Autoridad Nacional de Competencia o la suya propia en cuanto a la existencia de una infracción, no debieran «aceptarse en todos los Estados miembros como prueba irrefutable de infracción en las posteriores demandas civiles de reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas de competencia», proponiendo una disposición que impida a los órganos jurisdiccionales nacionales adoptar decisiones que contradigan una resolución o una sentencia de este tipo. En opinión de la Comisión, una norma en este sentido aseguraría una aplicación más coherente del Derecho comunitario de la competencia por parte de los distintos organismos nacionales y mejoraría la seguridad jurídica, proporcionando, a su vez, una mayor eficacia y eficiencia procesal de las demandas de reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas de competencia³¹.

Siguiendo las recomendaciones del Libro Blanco, la Directiva 2014/104/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (en adelante, la Directiva de daños), dispone, en su art. 9, que «los Estados miembros velarán por que se considere que la constatación de una infracción del Derecho de la competencia hecha en una resolución firme de una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente se considere irrefutable a los efectos de una acción por daños ejercitada ante un órgano jurisdiccional nacional de conformidad con los arts. 101 y 102 del TFUE o el Derecho nacional de la competencia»³². Según el considerando 34 de la Directiva de Daños, «los efectos de esa constatación deben abarcar únicamente [...] la

³⁰ Adviértase que el Libro Blanco hacía referencia a los antiguos arts. 81 y 82 TCE.

³¹ Libro Blanco: «También aumentaría perceptiblemente la eficacia y la eficiencia procesal: si los demandados pueden poner en cuestión su propia infracción de los arts. 81 o 82 (actuales arts. 101 y 102 TFUE) acreditada en una resolución de una ANC y, posiblemente, ratificada por una instancia de revisión, es necesario que los tribunales ante los que se haya presentado una demanda por daños reexaminen los hechos y los aspectos jurídicos que ya investigó y evaluó una autoridad pública especializada (y una instancia de revisión). Esta duplicación del análisis jurídico y factual provoca unos costes considerables, y añade duración e imponderabilidad a la acción de reparación de daños y perjuicios emprendida por la víctima».

³² Es conveniente señalar que las resoluciones firmes dictadas por las autoridades nacionales de la competencia u órganos judiciales de otros Estados miembros podrán ser presentadas, con arreglo al Derecho nacional, ante sus órganos judiciales nacionales al menos como principio de prueba de existencia de infracción de Derecho de la competencia (art. 9.2 de la Directiva de Daños).

naturaleza de la infracción y su alcance material, personal, temporal y territorial, tal y como los haya determinado la autoridad de la competencia o el órgano jurisdiccional competente en el ejercicio de sus funciones».

España, así como el resto de Estados miembros que no tengan una regla semejante a la ya citada, deberán incorporarla, a más tardar, el 27 de diciembre de 2016 (véase el art. 23 de la Directiva de Daños)³³.

El efecto vinculante, previsto en el art. 9 de la Directiva de Daños, evita que la infracción del Derecho comunitario o nacional de la competencia —«fundamento de la responsabilidad civil por daños»— tenga que volver a constatarse ante el Juzgado de lo Mercantil, no obstante, habrán de acreditarse ante estos «los requisitos imprescindibles para la prosperidad de la acción, como la concurrencia de daño y la relación causal con la infracción, de manera que tampoco en esos casos se puede dar lugar a una estimación «automática» de la demanda» [SAP Madrid (Sección 28.^a), núm. 116/2015, de 27 de abril]. Para que la constatación de la infracción del Derecho de la competencia, realizada por una autoridad nacional de la competencia o de un órgano jurisdiccional competente, se considere irrefutable en el posterior procedimiento civil relativo a la responsabilidad civil por daños, han de concurrir los siguientes requisitos:

- La resolución de la autoridad nacional de la competencia o del órgano jurisdiccional competente tendrá que haber alcanzado firmeza, bien por haberse agotado la vía de recursos, bien por haber transcurrido el plazo para interponerlos³⁴. Tal y como subrayan los Servicios de la Comisión Europea, en el Documento de trabajo que acompaña el Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia de 2 de abril de 2008 [SEC (2008) 404], esto significa que los demandados en tales procedimientos civiles tendrán la oportunidad de ejercer su derecho de defensa, no solamente ante las autoridades de defensa de la competencia, sino también a través de la interposición del correspondiente recurso en vía contencioso-administrativa³⁵.
- El acuerdo, la decisión o la práctica considerada habrá de ser contrario al Derecho de la competencia comunitario o nacional. A di-

³³ En opinión de D. ORDOÑEZ SOLÍS, «La Directiva 2014/104/UE, la aplicación privada del Derecho de la competencia y el contexto jurisprudencial de su transposición en España», *Revista de Derecho Mercantil*, 2015, disponible en www.elderecho.com, la importancia de la Directiva de Daños, bien merecía su transposición mediante una «ley *ad hoc*, con contenidos sustantivos y procedimentales».

³⁴ A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, «La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho interno», *Estudios sobre el Futuro Código Mercantil. Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III, 2015, p. 1123, aclara que, por tanto, «una decisión de archivo del expediente o una declaración sobre la licitud de la conducta no impide que, con posterioridad, un órgano jurisdiccional declare la existencia de la infracción».

³⁵ *Commission staff working paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Brussels, 2 de abril de 2008, SEC(2008) 404: «This means that defendants in civil proceedings would not only have had the opportunity of exercising their rights of defense before the NCA, but also the opportunity of persuading the review court(s) of their position».

ferencia del art. 16 del Reglamento 1/2003, que únicamente hacía referencia a conductas contrarias al Derecho comunitario de la competencia, el art. 9 de la Directiva de daños se refiere también al Derecho nacional, persiguiendo así «mejorar la eficacia del Derecho *antitrust* en el ámbito civil»³⁶.

- La infracción en la que se fundamenta la acción de responsabilidad civil por daños habrá de ser la misma que la examinada en el procedimiento administrativo previo, habiendo de coincidir, también, los sujetos infractores³⁷.
- Como en todo supuesto de responsabilidad civil, será necesario acreditar tanto el daño como el nexo causal entre la conducta infractora del Derecho de la competencia y el daño ocasionado a la parte demandante³⁸.

La Directiva de Daños consigue, a través de su art. 9, una aplicación coherente y uniforme del Derecho de la competencia, tanto a nivel comunitario, como nacional. Si bien es cierto, la citada disposición no está exenta de problemas, al comprometer el principio de independencia judicial, así como los derechos de defensa de los demandados.

La solución que hasta el momento ofrece el ordenamiento jurídico español —la no vinculación de los órganos jurisdiccionales por las decisiones adoptadas por nuestras autoridades nacionales de competencia, siempre que no hubiesen sido confirmadas en vía de recurso— había sido calificada por la doctrina como respetuosa con el principio de independencia judicial³⁹. Los mecanismos de cooperación que habilita nuestra

³⁶ A. L. CALVO CARAVACA y J. SUDEROW, «El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho *antitrust*», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, disponible en www.uc3m.es/cdt, p. 130.

³⁷ *Commission staff working paper accompanying the White Paper on Damages actions for breach of the EC antitrust rules*, Brussels, 2 de abril de 2008, SEC(2008) 404: «*The probative effects of an NCA decision in civil damages cases pursuant to the rule set out in paragraph 151 above would, of course, be confined to the scope of the decision: like Article 16, they can only relate to (i) the same agreements, decisions or practices that the NCA found to infringe Article 81 or Article 82 EC, and (ii) to the same individuals, companies or groups of companies which the NCA found to have committed this infringement (normally, the addressee(s) of the decision.*».

La SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 116/2015, de 27 de abril, siguiendo el citado Documento de trabajo de los Servicios de la Comisión de 2 de abril de 2008, afirma que para el ejercicio de las acciones de responsabilidad *follow on* es necesario «que la infracción a la que se refiere la acción de responsabilidad civil sea la misma que la examinada en el procedimiento administrativo previo (CSWP, punto 154)», afirma, también, que «en la doctrina se señaló que, en este tipo de acciones, el efecto vinculante de la decisión de la Comisión precisa que se trate de los mismos operadores, y la misma infracción *antitrust* (mismo alcance geográfico, periodo de tiempo, etc.)».

³⁸ En este sentido, la SAP Madrid (Sección 28.ª) núm. 116/2015, de 27 de abril: «Además es necesario que concurren los mismos requisitos que en todo supuesto de responsabilidad civil, es decir, la acreditación del daño y la existencia de nexo causal entre la infracción de las normas de competencia ya declarada y el daño ocasionado a la parte por dicha infracción».

³⁹ Entre otros, C. HERRERO SUÁREZ, *op. cit.*: «En España, se ha considerado que el principio de independencia judicial impide otorgar carácter vinculante a las decisiones de las autoridades nacionales de competencia y se han buscado otras vías para intentar garantizar tanto la ausencia de soluciones contradictorias como el mantenimiento de la importancia de la Comisión Nacional de Competencia, en cuanto a órgano especializado, en la apreciación de la existencia de infracciones de las normas de competencia, tanto europeas como nacionales»; O. RETORTILLO ATIENZA, «Primeros pasos de los

Ley de Defensa de la Competencia, así como nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, se consideraban suficientes para evitar resoluciones contradictorias.

En el contexto de la Directiva de Daños, en detrimento del principio de independencia judicial y del derecho de defensa, el juez habrá de dar por supuestos los hechos ilícitos ya probados ante la autoridad de la competencia, sin poder entrar a conocer de ellos⁴⁰, y será el responsable de velar, en la medida de lo posible, por que los derechos de defensa de los demandados hayan sido respetados en el procedimiento previo⁴¹.

4. BIBLIOGRAFÍA

- ADRIÁN ARNÁIZ, J., y QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2005): «Procedimiento de aplicación de las reglas sobre competencia de los arts. 81 y 82 del TCE», en VELASCO SAN PEDRO, L. A. (coord.), *Derecho Europeo de la Competencia*, Valladolid, Lex Nova.
- CALVO CARAVACA, A. L., y SUDEROW, J.: «El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del Derecho antitrust», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 7, núm. 2, disponible en www.uc3m.es/cdt.
- CANTOS, F.; CARRERA, E., y GONZALO, P. (2013): «La aplicación privada del Derecho de la competencia en España y en el Derecho comparado: la propuesta de Directiva de daños y algunas cuestiones jurídicas que suscita», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 36, disponible en laleydigital.laley.es.
- GARCÍA BERNALDO DE QUIRÓS, J. (2012): «Acciones de responsabilidad por daños anticompetitivos y la responsabilidad de las autoridades públicas. La figura del *amicus curiae* en España», en *Daños antitrust, Derecho europeo de la competencia y jueces: acciones públicas y privadas en aplicación de los arts. 101, 102 y 107 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea por los jueces nacionales*, Red Europea de Formación Judicial (Barcelona, Materiales de trabajo-Cursos de la REFJ/EJTN, 2012), disponible en www.poderjudicial.es.
- GUILLÉN CARAMÉS, J. (2011): «La cooperación entre jueces y autoridades administrativas en la aplicación privada del Derecho de la competencia», en VELASCO SAN PEDRO, L. A., y ALONSO LEDESMA, C. (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, Lex Nova.

Tribunales españoles en la aplicación privada del Derecho de la competencia. Especial referencia a la reclamación de daños en los casos de cárteles», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 8, disponible en laleydigital.laley.es.

⁴⁰ En este sentido, A. L. CALVO CARAVACA y J. SUDEROW, en *op. cit.*, p. 130.

En opinión de M. V. TORRE SUSTAETA, «El Derecho de la competencia...», *op. cit.*, «el hecho de condicionar la resolución judicial a la administrativa, para evitar resoluciones contradictorias, otorga implícitamente a la resolución administrativa un efecto similar al de cosa juzgada material, en su sentido negativo —en tanto en cuanto excluye un segundo pronunciamiento posterior— y en su sentido positivo —en la medida en que se le otorga un valor prejudicial— que sería inadmisibles, por cuanto el efecto de cosa juzgada es “exclusivo de la jurisdicción”».

⁴¹ A. L. CALVO CARAVACA y J. SUDEROW, en *op. cit.*, p. 131, consideran que «el control a posteriori de los derechos de defensa del demandado en la acción civil es el *precio a pagar* para que se justifique o admita la presunción de verdad de los hechos que se encuentran en la base de la demanda civil».

- HERRERO SUÁREZ, C. (2008): «La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo. El Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 3, disponible en laleydigital.laley.es.
- OLIVA SANTOS, A. DE LA (1991): *Sobre la cosa juzgada (civil-contencioso-administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces.
- ORDÓÑEZ SOLÍS, D. (2015): «La Directiva 2014/104/UE, la aplicación privada del Derecho de la competencia y el contexto jurisprudencial de su transposición en España», *Revista de Derecho Mercantil*, disponible en www.elderecho.com.
- QUIJANO GONZÁLEZ, J. (2011): «Derecho de la competencia y responsabilidad por daños: lo común y lo especial», en VELASCO SAN PEDRO, L. A., y ALONSO LEDESMA, C. (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, Valladolid, Lex Nova.
- ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. (2015): «La función normativa de la responsabilidad por daños derivados de infracciones del Derecho de la competencia. Incidencia de la Directiva 2014/104/UE en nuestro Derecho interno», *Estudios sobre el Futuro Código Mercantil. Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III.
- TORRE SUSTAETA, M. V. (2014): «La prueba en los procesos civiles relativos a la reparación de los daños y perjuicios por infracción de la normativa de Defensa de la Competencia. A propósito de la propuesta de Directiva del 11 de junio de 2013», *La Ley Mercantil*, núms. 4-5, disponible en laleydigital.laley.es.
- (2015): «El Derecho de la competencia y la articulación de sus vías de tutela: sobre la vinculación de la resolución judicial administrativa», *La Ley Mercantil*, núm. 10, disponible en laleydigital.laley.es.

LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EN RELACIÓN CON LA NORMATIVA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: EN BENEFICIO DE TODOS *

Carla COHÍ ANCHÍA

Subdirección de Industria y Energía
Dirección de Competencia
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

«La competencia no solo es la base de la protección del consumidor, es el incentivo para el progreso».

Herbert HOOVER

1. INTRODUCCIÓN

El cumplimiento de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC), no solo es una obligación de la que nadie puede eximirse, sino que tiene consecuencias beneficiosas para todos, tanto en términos económicos, como en términos sociales. Si bien los beneficios son evidentes para los mercados y para la sociedad en general, no lo son menos para las propias empresas.

En este sentido, los Programas de Cumplimiento, en la medida en que faciliten el conocimiento, el entendimiento y el cumplimiento de la LDC, pueden ser una herramienta muy útil para los distintos operadores de un mercado, y una inversión rentable en última instancia, para aquellos que se planteen su implantación.

Los Programas de Cumplimiento tienen sus orígenes en 1934 en los Estados Unidos de América¹ y se podrían definir, tal y como concreta la Autoridad Francesa de la Competencia², como aquel conjunto de herramientas de las que pueden disponer los operadores económicos para aumentar las probabilidades de evitar las infracciones de las leyes que les son aplicables, en este caso, la normativa de Competencia.

* Las opiniones expresadas en el presente artículo son personales de la autora, y por lo tanto, de su exclusiva responsabilidad.

¹ Securities Exchange Act (1934).

² http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf.

La consideración o no por parte de las Autoridades de Competencia, de los Programas de Cumplimiento corporativos a efectos por ejemplo, de la cuantificación de las multas en expedientes sancionadores, es un punto de debate recurrente en los diferentes foros sobre Competencia.

Si bien en nuestra normativa³ la adopción de Programas de Cumplimiento por parte de las empresas, no se considera ni como un agravante ni como un atenuante a efectos de la imposición de sanciones en los casos en los que se acredita infracción, su existencia puede ser muy positiva, puesto que si son eficaces, allanan el camino de la empresa para cumplir con su obligación, que no deja de ser el cumplimiento de la Ley, y facilitan la consecución del objetivo que debería ser común para todos: el correcto funcionamiento del mercado.

Sin embargo, más allá de esta controversia, las empresas deben valorar si la tenencia o no de Programas de Cumplimiento efectivos, es beneficiosa desde el punto de vista económico de maximización de beneficios para ellas, más allá del efecto potencial sobre las sanciones que podría tener en caso de incumplimiento de la normativa de Defensa de la Competencia.

2. A NIVEL MICROECONÓMICO, LA DECISIÓN DE LA EMPRESA DE INVERTIR EN PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO ES UNA CUESTIÓN DE COSTES Y BENEFICIOS

La Competencia es un beneficio para todos, pero la Competencia es también una obligación para todos. Esta frase que se encuentra en la primera página de la *Guía de Asociaciones Empresariales* de diciembre de 2009 de la extinta Comisión Nacional de la Competencia, se encuentra totalmente vigente. «Cumplimiento» y «Ley» son dos términos indisolubles, dado que la Ley nace con vocación de cumplimiento. El desconocimiento de los términos de una ley, no exime de su cumplimiento⁴.

Es más, cualquier operador que interactúe en un mercado, tiene la obligación de conocer cuáles son las reglas de juego en dicho mercado, y actuar en consecuencia, como agente económico que es, tratando de maximizar sus beneficios, teniendo en cuenta toda la información disponible.

En la fórmula de maximización de beneficios, la realización de una «inversión» en un Programa de Cumplimiento, bien diseñado y que pruebe ser realmente efectivo, puede reportar retornos evidentes para la empresa, cuantificables económicamente, que permiten rentabilizar esa «inversión» en formación y en concienciación del personal sobre el buen comportamiento en el mercado desde el punto de vista competitivo. Es decir, desde

³ Ley 15/2007 de 3 de julio, de Defensa de la Competencia; Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia; Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

⁴ Art. 6 del Código Civil.

el punto de vista empresarial, la adopción de ese tipo de inversiones, puede ser un buen negocio, por varias razones.

Siguiendo con el fin último de las empresas desde el punto de vista económico, es decir, la maximización de beneficios, la creación de valor para sus accionistas, este tipo de decisiones pueden ser tomadas en términos de costes y beneficios.

El hecho de que una empresa sea vista como una entidad que realiza negocios éticamente, y en cumplimiento de las leyes, es decir, en cumplimiento de una suerte de responsabilidad social corporativa que incluye el actuar conforme a las leyes del libre mercado, reporta ventajas en términos de reputación de la empresa y de compromiso con la sociedad, lo que al final redunda en aspectos promocionales, que se traducen en mayores ventas y beneficios.

De hecho, en algunas grandes empresas son ya plenamente conscientes de ello, y las medidas o las estrategias que se toman en materia de competencia, o los compromisos en este ámbito, se reflejan en sus memorias anuales, como un apartado más en relación con la responsabilidad social corporativa. Por ejemplo, las principales empresas del IBEX 35 incluyen en sus memorias de responsabilidad corporativa y/o en sus códigos éticos una mención de su compromiso con el cumplimiento de las normas de Competencia, y todos estos esfuerzos se materializan en aspectos positivos.

Desde el punto de vista de la oferta, una empresa que actúa en esta línea, tiene más capacidad para captar recursos humanos cualificados, o proveedores de calidad que, atraídos por este tipo de comportamiento, desean trabajar con este tipo de operadores y sociedades, y contribuyen a la mejora del producto o servicio ofrecido lo que al final genera valor.

Desde el punto de vista de la demanda, los consumidores responsables, como agentes económicos racionales que son, toman sus decisiones de consumo y por tanto, de compra teniendo en cuenta esas variables, además de otros aspectos fundamentales como son la innovación, la variedad, la calidad, y evidentemente, el precio, que en un contexto de crisis, adquieren mayor relevancia.

Todas esas variables se potencian en un mercado competitivo, y *sensu contrario*, se pueden ver gravemente dañadas si la empresa forma parte de un cártel o lleva a cabo prácticas anticompetitivas. La consciencia por parte de la empresa, de esos daños cuantificables, costes en definitiva, permite optimizar la decisión en cuanto a si es económicamente rentable realizar una inversión en un Programa de Cumplimiento.

El dinamismo económico, la innovación, únicamente son posibles en un contexto de competencia y competitividad. La participación en un cártel, genera que la empresa se vuelva ineficiente: al no verse presionada por la necesidad de competir en el mercado, no siente la necesidad por ejemplo de innovar para diferenciarse de la competencia o introducir mejoras productivas que permitan ofrecer una mayor calidad a un precio asequible.

Cuando finalmente se detecta la participación de la empresa en un cártel o simplemente la empresa decide abandonarlo, probablemente haya perdido mucho terreno en esa labor de mejora y progreso, y en definitiva, la oportunidad de ofrecer mayor variedad y calidad al consumidor.

Los costes además pueden ser resultado del daño en la reputación de esta empresa frente a los consumidores, que, al final, son los más afectados por el comportamiento contrario a la competencia de las empresas y se sienten defraudados. En este sentido, el contexto de crisis en el que nos hemos visto inmersos, agrava más la decepción del consumidor ante una empresa infractora, y la sensación de engaño ante una empresa que, no solo no ha hecho un esfuerzo por ajustarse a un contexto adverso, sino que a través de acuerdos ilícitos o comportamientos anticompetitivos, se ha podido apropiarse de unas rentas que no le correspondían (como resultado por ejemplo, de mayores precios que los que habría habido en un entorno competitivo).

En relación con ello, precisamente una de las consecuencias de los cárteles más directas es el incremento de los precios en el mercado. En relación con este tema, un estudio de la OCDE realizado sobre varios cárteles, señalaba que el incremento medio de los precios en un contexto de cártel, era de entre un 10 y un 20 por 100 de media, pudiendo llegar incluso a alcanzar el 50 por 100⁵. Estos datos, en un primer momento y desde el punto de vista de la empresa «cartelizada», podrían hacer pensar en cuantiosos beneficios ilícitos, pero realmente, no solo los costes ya mencionados, sino el propio coste asociado a pertenecer a un cártel, puede ser muy superior a esos supuestos beneficios.

En primer lugar, la pertenencia a un cártel, supone el cumplimiento de unos acuerdos ilegales cuya ruptura no es denunciante ante los tribunales por parte de sus miembros. Es decir, en caso de incumplimiento de dichos acuerdos, no puede existir garantía de ningún tipo de compensación por los mismos. En segundo lugar, los cárteles son por definición, generalmente inestables, y es esta inestabilidad lo que a su vez lleva al incumplimiento de los acuerdos.

Dicha inestabilidad procede de la propia esencia de los cárteles. Si se fija por ejemplo un reparto de mercado por cupos de producción, para lo que a su vez se fijan unos precios mínimos de venta, por debajo de los cuales no se puede vender, siempre existirá el incentivo por parte de alguna empresa de tratar de aumentar sus beneficios, vendiendo más cantidad, sin que el cártel se percate. Incluso desde el punto de vista de las personas que participan en un cártel existe inestabilidad, al tener que basarse estos acuerdos en la confianza en otras personas que conscientemente infringen la ley, es decir, confiando en infractores.

Por supuesto, la Autoridad de Competencia también vela por que la inestabilidad de los cárteles sea, aún más si cabe mayor, aumentando la

⁵ <http://www.oecd.org/dataoecd/16/20/2081831.pdf>.

probabilidad de detección a través de instrumentos eficaces como los programas de clemencia, instaurados en muchas Autoridades de Competencia, entre ellas, la española, que lo puso en funcionamiento con la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia.

Los llamados «programas de clemencia», exoneran del pago de multa o reducen la misma, a aquellas empresas o personas físicas que habiendo participado en un cártel denuncien su existencia y aporten pruebas sustantivas para su investigación, siempre y cuando cumplan determinados requisitos.

La investigación de estos acuerdos o cárteles es una de las prioridades de la actuaciones de las Autoridades de Competencia, entre ellas la CNMC, ya que se trata de infracciones muy graves, y por las que se pueden imponer multas de hasta el 10 por 100 del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa.

La eficacia del programa de clemencia depende, por tanto, en gran medida, de los incentivos que tengan los posibles solicitantes para presentar solicitudes de exención y/o reducción de la posible multa, lo cual viene determinado por la multa que pueda imponérseles por su participación en el cártel y de la que quedará exonerado o cuya cuantía se verá significativamente reducida. El denunciar un cártel en el que se participa, es altamente beneficioso para una empresa participante, a través de la exoneración o reducción de la multa e introduce un elemento importante de inestabilidad, como se decía anteriormente, que ha probado ser muy eficaz.

El Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia y actual CNMC, ha resuelto desde la incorporación del programa de clemencia en la LDC española, 27 expedientes sancionadores en los que ha existido alguna solicitud de clemencia.

Es relacionado con este punto, donde de nuevo, la inversión en Programas de Cumplimiento puede tener su retorno.

En caso de detección de una infracción de la normativa de Competencia por parte de la empresa, significaría por un lado, que el Programa de Cumplimiento ha fallado en relación con la prevención, pero por otro, que al menos, se ha conseguido detectar la infracción. En este punto, el tiempo juega un papel muy relevante. Ya no solo se trata de que la empresa sea consciente de que ha cometido una infracción, sino de que si lo pone en conocimiento de la Autoridad de Competencia antes que el resto de miembros del cártel, puede beneficiarse incluso de una exención de la multa.

Es decir, la diferencia de consideración entre el primer colaborador con el programa de clemencia y el segundo, puede ser tal, que el conocimiento que pueden ofrecer los mencionados Programas ya hagan rentable la inversión en los mismos.

Pero para beneficiarse de tal exención, es necesario conocer qué tipo de información se debe aportar a la Autoridad de Competencia.

En la normativa española, ya se concreta en el preámbulo de la LDC, la introducción del procedimiento de clemencia, en virtud del cual se exonerará del pago de la multa a las empresas o personas físicas que, habiendo formado parte de un cártel, lo denuncien y aporten «pruebas sustantivas para la investigación» siempre que cesen en su conducta y no hayan sido instigadoras del acuerdo, o la reducción de multa para aquellas otras que no cumplan con los requisitos para la exención.

Se concretan en el art. 65 los requisitos para la exención de la multa y en el 66 aquellos para la reducción. En el primer caso, la empresa o persona física ha de ser la primera en aportar elementos que permitan ordenar una inspección en materia de Competencia, cuando no se disponía de elementos suficientes para ello o bien, la primera en aportar elementos que permitan comprobar la existencia de una infracción del art. 1 de la LDC. Para ello, se deben cumplir algunas condiciones como son, la cooperación plena a lo largo del procedimiento, cesar en la participación de la infracción, a no ser que la CNMC considere que es mejor para la eficacia de la inspección la continuidad, no haber destruido pruebas ni haber revelado a terceros la intención de solicitar la exención de multa, y no haber adoptado medidas para obligar a otras empresas a participar en la infracción.

En cuanto a la aplicación del art. 66 de la LDC, destinada a aquellas empresas infractoras que no cumplan con las condiciones para ser beneficiarias de una exención, deberán aportar elementos de prueba que aporten un valor añadido significativo con respecto de aquellos de los que ya disponga la CNMC. Las reducciones previstas en este caso, variarían en función del orden de solicitud, siendo de entre el 30 y el 50 por 100 para la primera empresa (o persona física), de entre el 20 y el 30 por 100 para las segunda, y hasta el 20 por 100 para las sucesivas.

Por tanto, el conocimiento de la normativa de Competencia que un buen Programa de Cumplimiento puede ofrecer a la empresa y directivos de la misma, es fundamental para ser conscientes de la existencia del procedimiento de clemencia, pero también de la importancia que adquiere el elemento temporal de la solicitud de exención, así como la información que se debe facilitar a la Autoridad de Competencia para que esta le otorgue la exención de la multa, o al menos consiga la máxima reducción posible.

Teniendo en cuenta que las sanciones por infracciones de la normativa de Competencia se han incrementado sustancialmente en los últimos años, sobre todo a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, que supone el cálculo de la multa sobre el total del volumen de negocios de la empresa sobre el total del volumen y no solo sobre el volumen de negocios directamente relacionado con la actividad del cártel, el incentivo a implantar Programas de Cumplimiento efectivos es mucho mayor.

Además, existen otros casos en los que el conocimiento de la normativa puede llevar a una empresa investigada a la propuesta de terminaciones convencionales, como se contempla en el art. 52 de la LDC y art. 39 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Regla-

mento de Defensa de la Competencia, que en última instancia, suponen la adopción de compromisos por parte de la empresa, en expedientes que, de otra manera, pueden finalizar en sanciones.

Por último, el conocimiento de la normativa de competencia puede evitar ya no solo la imposición de multas para las empresas, sino también, cuestiones de responsabilidad civil como consecuencia de la reclamación de daños y perjuicios por terceros. En este sentido, el 5 de diciembre de 2014, se publicó en el *Boletín Oficial de la Unión Europea* la Directiva 2014/104 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, *relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea*⁶, en la que se contempla un plazo hasta el 27 de diciembre de 2016 para que los Estados miembros adopten su normativa nacional a las disposiciones de la Directiva.

Si bien en el caso español, dicha Directiva todavía no ha sido transpuesta, existen otras vías a través de las cuales, los infractores pueden enfrentarse a reclamaciones por ejemplo de indemnizaciones, a través de las denominadas demandas de daños y perjuicios «*follow on*» es decir, demandas de daños derivados de un cártel que ha sido condenado previamente por una Autoridad de Competencia. Un buen ejemplo de ello, es la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013⁷ que condenó a Ebro Foods a indemnizar con 4,1 millones de euros a catorce fabricantes de dulces por la concertación de precios llevada a cabo con el resto de azucareras en 1995 y 1996.

Por tanto, ya sea por los beneficios que pueden reportar directamente a la empresa, al ayudarla a cumplir con la Ley, y a participar correctamente en los mercados fomentando el dinamismo y con ello, la innovación y progreso de la empresa siendo consciente del coste de oportunidad que supone el incumplimiento, como en caso de fallo, dotándole del conocimiento suficiente para tratar de paliar al máximo las consecuencias, los Programas de Cumplimiento pueden ser una inversión rentable.

3. A NIVEL MACROECONÓMICO: LA INVERSIÓN EN PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO EFECTIVOS BENEFICIA A LA ECONOMÍA Y A LA SOCIEDAD EN GENERAL

Si bien a nivel microeconómico se han analizado los diferentes factores que pueden ayudar a la empresa a decidir invertir en un Programa de Cumplimiento en base a un análisis coste-beneficio, la economía y la sociedad en su conjunto se benefician de su existencia, y junto con la labor de las

⁶ <http://www.boe.es/doue/2014/349/L00001-00019.pdf>.

⁷ STS Sala de lo Civil, Sección 1.ª, Sentencia núm. 651/2013.

Autoridades de Competencia, contribuyen al correcto funcionamiento de los mercados.

Según datos de la OCDE⁸ basados en diversos estudios empíricos en diferentes países, la existencia de competencia tiene efectos cuantificables desde el punto de vista macroeconómico, siendo un factor de crecimiento más de la economía y del bienestar, lo que justifica la existencia de organismos públicos independientes que velen por la Competencia, como un bien público de interés general con efectos sobre todos los ciudadanos.

Este factor de crecimiento se basa fundamentalmente en la productividad, a través de la innovación y la eficiencia en la asignación de los recursos, permitiendo que las empresas más eficientes ganen cuota de mercado en detrimento de otras menos eficientes. Además, no hay que olvidar que la cultura competitiva puede atraer también inversiones, alentadas por una mayor confianza en el mercado.

Asimismo, según el mismo estudio de la OCDE, los efectos de una mayor competencia van más allá de los mercados o sectores donde se ha introducido directamente. En especial, se hace hincapié en la importancia que adquiere la efectiva competencia en aquellos eslabones iniciales de la cadena productiva debido a sus efectos sobre los demás. Una fuerte competencia aguas arriba en la cadena de producción puede llevar a una mejora de la productividad aguas abajo en la misma cadena, y en la economía en general.

Si bien el mismo estudio señala que los efectos de la competencia sobre otras variables como son la desigualdad o el empleo no son claros o concluyentes, puesto que en el caso de la primera, podría parecer que se crea un marco de ganadores y perdedores, y en el caso del empleo, porque una mayor productividad pueda generar una menor necesidad de factor humano, sí que se apunta a que, en el caso de la desigualdad, al fin y al cabo, el efecto de un mayor precio, menor oferta o calidad, que son las consecuencias de las restricciones de la competencia, acaban afectando más a aquellos con menores rentas. En cuanto al efecto sobre el empleo, a pesar de lo señalado, se apunta a que *sensu contrario*, las limitaciones de competencia llevan a menor producción y por tanto, a menor empleo. Asimismo, también cabría pensar que el dinamismo económico en un país que genera confianza en cuanto al funcionamiento de sus mercados, entre otros factores, puede generar, como se avanzaba anteriormente, una atracción de inversiones que, sobre todo en el caso de ser inversiones directas, llevan aparejadas generalmente la creación de empleo.

Por tanto, si bien a nivel microeconómico los Programas de Cumplimiento pueden suponer inversiones rentables para las propias empresas, también a nivel macroeconómico, pueden coadyuvar, como un elemento más de difusión de la cultura competitiva, a la creación de un entorno dinámico que se traduzca en mayor bienestar para la sociedad.

⁸ <http://www.oecd.org/daf/competition/factsheet-macroeconomics-competition.htm>.

4. LA IMPORTANCIA DEL DISEÑO DE LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO

La instauración de un Programa de Cumplimiento por sí solo, no garantiza que vaya a ser efectivo.

Algunos autores han apuntado al riesgo de la utilización de los Programas de Cumplimiento como algo meramente estético, de cara a dar una imagen determinada de las empresas⁹. En este punto, las características, la implantación y su difusión son variables básicas, para que tanto ejecutivos como empleados, sean conscientes de las conductas que se pueden considerar ilegales, así como de los riesgos del incumplimiento de la normativa de Competencia y sus consecuencias. En este sentido, el diseño es fundamental.

Existen numerosas publicaciones gratuitas que pueden ser de una gran ayuda a la hora de diseñar un correcto Programa de Cumplimiento, desde la guía elaborada por la Cámara de Comercio Internacional¹⁰ hasta la publicación de la Comisión Europea¹¹ «La importancia de cumplir», pasando por las guías publicadas por Autoridades de Competencia de diversos países¹².

En todos ellos se hace hincapié en algunos aspectos fundamentales para tratar de obtener la mayores posibilidades de éxito y efectividad de dichos Programas.

En primer lugar, se precisa que el Programa sea sencillo y práctico, es decir, ante todo, debe comprenderse y poder aplicarse, de forma que toda la empresa sea consciente del alcance de la normativa de Competencia, pues en caso contrario, todos los demás puntos carecerán de validez.

Una buena comprensión de aquellas prácticas que están prohibidas, así como, en caso de infracción, las sanciones o el protocolo a seguir, es fundamental para garantizar el éxito del Programa. Pero no solo eso. También debe facilitar una comprensión correcta sobre lo que sí es posible realizar en el mercado, por ejemplo, en aplicación del art. 1.3 en el caso de la LDC española (101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), en el que los beneficios objetivos y las eficiencias posibles de un acuerdo pueden llegar a compensar los efectos negativos sobre la competencia (teniendo en cuenta siempre las limitaciones de dicha excepción). Ligado a lo anterior,

⁹ K. D. KRAWIEC, «Cosmetic Compliance and the Failure of Negotiated Governance», 81 *Washington University Law Quarterly* 487, 491; PARKER y GILAD, «Internal corporate compliance management systems: structure, culture and agency», 171. K. VOSS, *Stockholms universitet, Juridiska fakulteten, Juridiska institutionen, Institutet för Europeisk rätt Europarättslig tidskrift*, 2013, vol. 16(1), pp. 28-43, Preventing the cure: Corporate compliance programmes in EU competition law enforcement

¹⁰ The ICC antitrust compliance toolkit.

¹¹ http://bookshop.europa.eu/es/la-importancia-de-cumplir-pbKD3211985/downloads/KD-32-11-985-ES-C/KD3211985ESC_002.pdf?FileName=KD3211985ESC_002.pdf&SKU=KD3211985ESC_PDF&CatalogueNumber=KD-32-11-985-ES-C.

¹² Por ejemplo, la «Competition and Markets Authority» de Reino Unido: <https://www.gov.uk/government/publications/how-small-businesses-can-comply-with-competition-law>.

se debe contemplar algún aspecto didáctico o de formación para asegurar no solo la comprensión, sino la interiorización de esa información.

Además, debe de ser diseñado específicamente para la empresa, teniendo en cuenta las características de la misma, como el tamaño y la organización, y el sector o el mercado en el que interactúa, pues la propia operativa del mercado es la que condiciona las acciones de los agentes que se encuentran en él. Existen mercados más o menos regulados, en los que las integraciones o relaciones verticales más o menos relevantes pueden marcar las negociaciones, o en los que las costumbres o hábitos adquieren gran importancia. Todos estos factores determinan la interacción de las empresas en el sector.

Por otro lado, la propia estructura de la empresa hace imprescindible un diseño personalizado del programa. No es lo mismo, por ejemplo, una pequeña empresa con una estructura organizativa sencilla, que una gran empresa con filiales y una estructura de personal mucho más compleja. Las diferencias en este caso, ya empiezan por la estrategia de difusión y comunicación del Programa, y en una fase posterior, en la auditoría o control.

En relación con lo anterior, algunas voces han apuntado en foros y debates, que los Programas de Cumplimiento pueden llegar a requerir cuantiosas inversiones. Si bien esto puede llegar a ser cierto en algunos casos, aunque como se ha comentado anteriormente los beneficios pueden superar los costes y riesgos, en otros casos, como los de las muy pequeñas empresas, la inversión en ellos no debería ser una barrera, pues el coste que supone para ellas puede ser realmente reducido, siendo más fácil llegar a todos los empleados, y controlar su implementación y cumplimiento.

Un elemento importante es el compromiso claro de la empresa con el cumplimiento de la normativa de Defensa de la Competencia, señalando su importancia. Algunas empresas como se mencionaba con anterioridad, lo incluyen en su código ético o como un elemento adicional en su compromiso de responsabilidad social corporativa, que en algunos casos, publican en sus propias páginas *web*. Estas pueden ser acciones que ayuden a concienciar a los directivos y ejecutivos que forman parte de estas organizaciones, de cuál es la línea o directriz ejecutiva de la empresa, la cultura de empresa, qué es lo que se espera de todos los que formen parte de ella.

Por ello, no solo es suficiente un compromiso claro, sino la exigencia del obligado cumplimiento por parte de todos los trabajadores. Para asegurar este cumplimiento, es necesario contar con un mecanismo interno de control, conocido por todos los miembros de la empresa, en el que se contemple la posibilidad de realizar quejas o consultas garantizando la confidencialidad, y con capacidad y mecanismos suficientes para poder ser efectivo.

Además, en caso de detección de infracción, el contar con un protocolo de actuación es factor básico para impedir la continuación de la conducta, y analizar los siguientes pasos a dar. Relacionado con lo anterior, un sistema

de incentivos y de sanciones, que se aplique realmente, puede ser un elemento disuasorio o fortalecedor más.

Por último, en esta lista no exhaustiva, no cabe olvidar la necesidad de evaluación y monitorización permanente del programa, para poder proceder a su revisión y actualización en función de las circunstancias, y asegurar que continúe siendo efectivo.

Todos estos factores, sin ser una lista cerrada, son fundamentales para que un Programa pueda ser realmente eficaz. De lo contrario, su tenencia puede llegar a ser una inversión poco rentable al no estar diseñado para garantizar el conocimiento y difusión entre los empleados de la normativa de Competencia.

5. EL PAPEL DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA PARA PROMOVER EL CUMPLIMIENTO DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA

El conocimiento por parte de las Autoridades de Competencia, sobre lo que lleva a las empresas y asociaciones a cumplir o no con la normativa, es un factor fundamental para tratar de promover su cumplimiento.

Numerosos estudios se han hecho eco de los factores o inductores más importantes para llevar al cumplimiento de la normativa de Competencia¹³, así como aquellos elementos que lo dificultarían. Entre los primeros se encontrarían la mala reputación para la empresa y las personas, las sanciones económicas, las sanciones criminales, la aplicación de la disciplina interna de la empresa así como la desacreditación profesional. Entre aquellos factores que obstaculizarían o no facilitarían el cumplimiento, destacarían la ambigüedad o falta de compromiso del equipo directivo con el cumplimiento de la normativa, o el hecho de que, al Programa de Cumplimiento de la normativa de Competencia se le dote de menos atención que a otros Programas de Cumplimiento (por ejemplo, de salud laboral, etc.).

Siendo conscientes de estos factores, las Autoridades de Competencia abogan por tratar de que los factores para el cumplimiento tengan más importancia, o que las empresas los tengan más presentes.

En este sentido, el mayor sistema de prevención, es el de asegurar que exista información fácilmente disponible, comprensible y precisa sobre la normativa de Competencia, así como facilitar su interpretación para la autoevaluación de las empresas o asociaciones. De hecho, se suelen encontrar esas informaciones en las páginas *web* de las Autoridades de los diferentes países, como en el caso de la CNMC¹⁴. Además, un instrumento

¹³ Por ejemplo: «Drivers of Compliance and Non-compliance with Competition Law», 1 May 2010, OFT.

¹⁴ <http://www.cnmc.es/>.

Entre otras, <http://www.cnmc.es/es-es/competencia/gu%C3%ADapr%C3%A1cticaparaempresas.aspx>.

muy potente, es el de las acciones de promoción de la Competencia dirigidas a sensibilizar al público acerca de los beneficios de la misma a la vez que promover un entorno competitivo para el desarrollo de las actividades económicas, por medio de mecanismos no coactivos, como los informes sectoriales.

Por otro lado en España, la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia¹⁵, recoge en su art. 37, «publicidad de las actuaciones», que se harán públicas, entre otras, las resoluciones que pongan fin a los procedimientos, las que acuerden la imposición de medidas cautelares, la incoación de expedientes sancionadores, o la realización de inspecciones. La transparencia juega aquí un papel importante como factor disuasorio, pero también como mecanismo de difusión del conocimiento, además de como instrumento de control de la institución y de confianza para los ciudadanos.

Por otro lado, las mencionadas inspecciones, juegan un papel muy relevante a la hora de aumentar la probabilidad de detección de posibles infracciones, y aumentar el peso sobre los factores de cumplimiento. Solo en 2014, la CNMC ha inspeccionado a más de 40 compañías, en diferentes sectores, participando 240 inspectores en las mismas.

Las Autoridades de Competencia en aras a incrementar esa probabilidad de detección, ponen en marcha nuevas herramientas, que faciliten la toma de conocimiento de ilícitos. Un ejemplo de ello, en el caso de la CNMC, es la puesta en marcha del «buzón de colaboración», que ofrece la posibilidad de informar anónimamente de posibles ilícitos en materia de Competencia, y que ha tenido mucha incidencia desde su puesta en funcionamiento a finales de 2014.

En suma, el papel de las Autoridades de Competencia es fundamental para garantizar el correcto funcionamiento de los mercados tanto *ex ante*, a través de sus acciones de promoción o de control de concentraciones como *ex post*, con la aplicación de sus procedimientos sancionadores o con la vigilancia. En este sentido, las acciones llevadas a cabo por las Autoridades, deberían promover la voluntad de las empresas para cumplir con la normativa, teniendo en cuenta aquellos factores que la favorecen y que en última instancia, pueden traducirse en que la empresa decida invertir en Programas de Cumplimiento.

6. LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO: ¿ATENUANTES EN SANCIONES POR ILÍCITOS DE COMPETENCIA?

Como se mencionaba en la introducción, no son pocas las voces que solicitan la consideración como atenuante de los Programas de Cumplimiento en el cálculo del importe de las multas a las empresas, como un incentivo

¹⁵ <http://www.boe.es/boe/dias/2013/06/05/pdfs/BOE-A-2013-5940.pdf>.

para que los operadores los adopten. En este punto, existe divergencia entre Autoridades de Competencia, desde aquellas que consideran estos programas efectivamente como un atenuante, como es el caso de Francia o Italia, y las que no tienen en consideración este concepto ni como agravante ni como atenuante, como es el caso de la Comisión Europea o la CNMC.

En el caso de Francia, el documento-marco de 10 de febrero de 2012 sobre los Programas de Cumplimiento de la normativa de competencia¹⁶ contempla la reducción de la sanción en un 10 por 100 adicional, en caso de que los Programas cumplan determinados requisitos.

En cuanto a Italia, en la nota de prensa de 31 de octubre de 2014¹⁷ sobre las nuevas directrices sobre sanciones, se recogía la posibilidad de considerar la adopción y efectiva aplicación de un Programa de Cumplimiento, como circunstancia atenuante en las sanciones.

Por el contrario, las autoridades de otros países no contemplan los Programas de Cumplimiento ni como agravante ni como atenuante, lo cual podría responder a diversas razones.

En primer lugar, la adopción de este tipo de programas ya se ve suficientemente «recompensada» o «incentivada» teniendo en cuenta los beneficios expuestos anteriormente en relación con la posibilidad de ser el primero en denunciar haciendo uso del programa de clemencia, al conocer la normativa de competencia. Asimismo, si el programa de cumplimiento es suficientemente efectivo, la empresa no se verá sometida a un procedimiento sancionador, ni a la publicidad que se da a los infractores, al publicar por ejemplo las resoluciones en las páginas *web* de las Autoridades de Competencia.

En segundo lugar, el mero hecho de que una empresa adopte un Programa de Cumplimiento no puede premiarse, generaría un efecto perverso, al adoptar un Programa con el objetivo de minorar la multa o sanción, y por tanto haciendo el coste de la infracción mucho menor, por ende, incentivando en cierto modo dichas conductas.

Por otro lado, si lo que se compensara fuera un Programa de Cumplimiento «efectivo», habría que definir y validar lo que se considera efectivo, lo cual requiere de recursos, y de la adopción de criterios concretos. Sin embargo, el hecho de que un Programa de Cumplimiento efectivo falle (lo que daría razón de ser a la imposición de sanciones y a plantearse su reducción en este caso) parece entrar en contradicción con el hecho de que se considere efectivo. En otras palabras: si falla, no está siendo efectivo, o no merecía ser considerado como efectivo. ¿Por qué premiar un programa de cumplimiento que ha fallado, luego que no era efectivo?

Además, es posible que, en línea con lo que el entonces Comisario de Competencia, Joaquín Almunia indicó en su discurso del 25 de octubre de

¹⁶ http://www.autoritedelaconurrence.fr/doc/document_cadre_conformite_10_fevrier_2012.pdf.

¹⁷ <http://www.agcm.it/en/newsroom/press-releases/2187-antitrust-adopts-new-guidelines-on-sanctions.html>.

2010¹⁸, recompensando a las empresas que tengan implantado un Programa de Cumplimiento podría llegar a ser hasta discriminatorio, perjudicando a las pequeñas empresas, con menos recursos quizás para implementar un programa que cumpla las condiciones requeridas en relación con las empresas que cuentan con más recursos.

Otras voces apuntan a los propios incentivos que llevan a la menor efectividad de los programas en sí¹⁹. Por ejemplo, se señala que los grandes «cartelistas», generalmente, altos directivos, ya son perfectamente conscientes de la ilegalidad de sus actuaciones, y de los beneficios ilegales que un cártel les puede llegar a reportar, y hacen todo lo posible para no ser descubiertos. Asimismo, el responsable en la empresa de vigilar el cumplimiento de la normativa de Competencia, sería más consciente y conocería las infracciones y las fuentes o pruebas de la infracción, y podría tener mucha facilidad para eliminarlas o tratar de ocultarlas.

Por último, el cumplimiento de la Ley es una obligación para todos, y los agentes son los que deben poner todo su empeño para cumplirlo, ya sea a través de Programas o no, sin necesidad de que sea fundamental en la toma de decisiones a la hora de implantarlo, que en caso de incumplimiento, puedan ser beneficiarios de la reducción o exención de una posible sanción, más allá de que un Programa de Cumplimiento mínimamente efectivo, ya dota del conocimiento para que las empresas puedan beneficiarse de reducciones o exenciones de las sanciones.

Por tanto, el incentivo principal para la empresa en relación con este tema, debe ser el de comprometerse con el cumplimiento de la normativa a la que está sometida, y al respeto de las reglas del juego.

7. CONCLUSIONES FINALES

El cumplimiento de las leyes es una obligación para todos los operadores y agentes de los mercados, y por tanto, la normativa de Defensa de la Competencia debe ser observada por todos.

Los Programas de Cumplimiento, cuya adopción es voluntaria, pueden ser valiosas herramientas para las empresas comprometidas con el cumplimiento de la Ley de Defensa de la competencia, siempre que sean efectivos. Las empresas son las que deben valorar si merece o no la pena invertir en estas herramientas que pueden reportar beneficios cuantificables para ellas, incluso en los casos en los que estos puedan en algún momento fallar.

En efecto, los mencionados Programas, pueden ser útiles, como instrumentos *ex ante*, como prevención, al hacer plenamente conscientes a las empresas y trabajadores de las mismas, de los riesgos y costes de oportuni-

¹⁸ http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-10-586_en.htm.

¹⁹ E. LACHNIT, «Compliance Programmes in Competition Law: Improving the Approach of Competition Authorities», *Utrecht Law Review*, 10(5), 31-50 (2014).

dad que la participación en un ilícito supone, o *ex post*, y por tanto, en caso de fallo del Programa, para la detección y subsanación de la infracción, y para tratar de iniciar cuando sea posible, un procedimiento de terminación convencional, e incluso para reducir o conseguir la exención total de una posible sanción.

En este último supuesto, existen posiciones encontradas entre aquellos que reclaman la consideración por parte de las Autoridades de Competencia, de los Programas de Cumplimiento como atenuantes de una posible sanción por infracción de la normativa, y aquellos más críticos, que estiman que no deben ser considerados ni como agravantes ni como atenuantes.

En cualquier caso, las Autoridades de Competencia teniendo en cuenta aquellos factores que motivan más a las empresas a la hora de promover entre sus empleados el cumplimiento de la normativa, pueden realizar un papel importante introduciendo nuevos instrumentos y estrategias y reforzando los existentes, con el fin de asegurar el correcto funcionamiento de los mercados, lo que redunda en beneficios para todos los operadores y para la sociedad en general.

7. DETALLADOS

El presente artículo se divide en dos partes. En la primera se describen los aspectos más relevantes de los programas de cumplimiento de la normativa, y en la segunda se analizan los factores que motivan más a las empresas a la hora de promover entre sus empleados el cumplimiento de la normativa.

En primer lugar, se describen los aspectos más relevantes de los programas de cumplimiento de la normativa, y en la segunda se analizan los factores que motivan más a las empresas a la hora de promover entre sus empleados el cumplimiento de la normativa.

Los autores desearían agradecer a los miembros del Comité de Asesoramiento de la Comisión de Competencia por su colaboración y apoyo durante el desarrollo de este trabajo. Los autores desearían agradecer también a los miembros del Comité de Asesoramiento de la Comisión de Competencia por su colaboración y apoyo durante el desarrollo de este trabajo.

DÉFICIT DE JUSTICIA CAUTELAR EN DERECHO ESPAÑOL Y EUROPEO DE LA COMPETENCIA*

Vanessa MARTÍ MOYA

Profesora Contratada Doctora de Derecho Mercantil. Universidad de Valencia
LLM Collège d'Europe, Brujas

Carmen M. CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE

Doctora en Derecho mercantil. Subdirectora Adjunta de Industria y Energía de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

La trascendencia y utilidad de la tutela cautelar resulta incuestionable en cualquier tipo de proceso civil o administrativo, tanto por estar incluida este tipo de intervención en el derecho a la tutela judicial efectiva¹, como por los efectos que, como veremos, de su adopción se derivan para los involucrados en el procedimiento principal. La razón de ser de la misma no es otra que garantizar que el respeto al procedimiento legalmente establecido y, en muchas ocasiones, la excesiva duración del mismo, no frustre su finalidad principal y las pretensiones dilucidadas en el mismo.

Esta necesaria eficacia cobra absoluta relevancia en un procedimiento administrativo como el procedimiento sancionador de defensa de la competencia, en el que la autoridad de competencia, sea cual sea la jurisdicción territorial en la que actúe, tiene como función principal la defensa y garantía de un interés público, en particular, la existencia de una competencia efectiva entre las empresas que operan en el mercado. En tal sentido conviene recordar que las infracciones de competencia no solamente afectan al resto de competidores perjudicados por la práctica anticompetitiva, sino también, en último término, al bienestar general de los consumidores.

* Las opiniones, interpretaciones y conclusiones expresadas en este trabajo son las de sus autoras, y no representan las opiniones de la CNMC.

¹ En España, en este sentido, entre otros, véase J. MASSAGUER, «Las medidas cautelares en la Ley de competencia desleal», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 206, 1992, p. 732; J. COSTAS COMESAÑA, «Medidas cautelares en la Ley de Defensa de la Competencia», *Revista Xurídica Galega*, núm. 3, 1993, p. 43; M. J. PÉREZ ESTRADA, «La importancia de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Su eficacia en el proceso», *Revista Vasca de Administración Pública*, núms. 99-100, 2014, pp. 2359-2363.

Por ello resulta sorprendente los escasos supuestos en los que la autoridad española de competencia ha adoptado medidas cautelares, especialmente desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, así como la total inactividad de la Comisión Europea en este campo en los últimos años.

El presente artículo analizará la práctica decisoria tanto de la autoridad española, de la Comisión Europea como de los órganos judiciales en esta materia, abordando los presupuestos legales, tanto sustantivos como procedimentales, para su aplicación y examinará los supuestos específicos en los que las autoridades, nacional y comunitaria, han adoptado este tipo de medidas excepcionales. En último término este trabajo tratará de evidenciar la significación de la protección cautelar en los procedimientos sancionadores de competencia como instrumento disuasorio de comisión de infracciones de competencia, como medio sustantivo eficaz para poner fin de forma anticipada a las restricciones de competencia lesivas para el orden público económico, así como herramienta procesal que puede tener importantes consecuencias con respecto a la dinámica del proceso principal.

2. MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A. NATURALEZA, FUNCIONALIDAD Y CONTENIDO

El art. 54 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia (LDC) declara que, una vez incoado el expediente sancionador, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)² «podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, a propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación, las medidas cautelares necesarias tendentes a asegurar la eficacia de la resolución que en su momento se dicte».

Supone la concreción en el ámbito normativo de defensa de la competencia de lo dispuesto en el art. 72 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, según el cual, una vez iniciado el procedimiento, «el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello»³.

Del texto literal de ambos artículos se desprende cuál es la finalidad esencial este tipo de medidas: asegurar la eficacia de la resolución que en

² Anteriormente, Comisión Nacional de la Competencia (CNC).

³ Por su parte, el art. 56 de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que entrará en vigor el próximo 2 de octubre de 2016, establece que «el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad».

su momento se dicte o, dicho de otro modo, eliminar el riesgo de que cuando recaiga dicha resolución, la misma haya devenido ineficaz, al haberse materializado, en toda su extensión, las consecuencias del acto ilícito investigado.

En efecto, conviene recordar, de una parte, que el tiempo que media entre la interposición de una determinada denuncia y la adopción de la resolución estimatoria y su correspondiente ejecución será, en los procedimientos de competencia, por regla general de 18 meses (sin contar las posibles suspensiones legales que, en virtud del art. 37 de la LDC, puedan acontecer durante el proceso). Si se tiene en cuenta que, en ocasiones, especialmente en supuestos en los que la lucha competitiva se desarrolla «por el mercado» o en situaciones de abuso de posición de dominio, con una sola actuación es posible afectar la estructura competitiva de un mercado, es fácilmente constatable que el transcurso natural de dicho plazo puede suponer que la situación concurrencial en el momento de adoptar la resolución tenga carácter irreversible⁴.

Adicionalmente, en este ámbito hay que tener en cuenta que la autoridad de competencia no tutela exclusivamente la situación jurídica del denunciante como normalmente sucede en la tutela cautelar dispensada en el ámbito jurisdiccional civil sino, más bien, el interés público establecido en la LDC de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados⁵. Ello significa que aquella también viene obligada a actuar de forma anticipada pero oportuna, cuando determinadas actuaciones estuvieran ocasionando un daño en el mercado de difícil reparación en un momento posterior. En esta línea hay que interpretar el mandato legal que dispone la adopción, por parte de la autoridad de competencia de las medidas cautelares «necesarias». Por lo que, al contrario de lo que pueda parecer como consecuencia de la expresión «podrá adoptar» del art. 54 citado, este mandato habrá de entenderse más como una obligación que como una facultad potestativa de la autoridad de competencia, siempre que se acrediten las condiciones exigidas legalmente.

Además de esta nota de instrumentalidad, su propia naturaleza determina que sean asimismo características esenciales de las medidas cautelares, en primer lugar, la temporalidad de las mismas, en el sentido de que nacen con una vocación limitada en el tiempo, ya que cesarán en el momento que se adopte la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador. En segundo término, la celeridad de su adopción, es decir, que deben decretarse en un plazo muy breve y con simplificación de trámites.

⁴ Siguiendo el principio *justice delayed is justice denied* o justicia retrasada es justicia denegada (J. COSTAS COMESAÑA, *op. cit.*, p. 36).

⁵ En este sentido parecen pronunciarse también A. CREUS, «La importancia de la medida cautelar en el proceso civil en materia de Derecho de la competencia», en L. A. VELASCO SAN PEDRO, C. ALONSO LEDESMA, J. A. ECHEBARRÍA SÁENZ, C. HERRERO SUÁREZ y J. GUTIÉRREZ GILSANZ (dirs.), *La aplicación privada del Derecho de la competencia*, 2011, p. 186; M. ORTELLS RAMOS y R. BELLIDO PENADÉS, *Las medidas cautelares en Derecho de la competencia*, Valencia, 1999, pp. 41-43.

Por último, su proporcionalidad y reversibilidad, lo que determina que si con la medida se pretende atajar una posible situación irreversible, tampoco mediante su uso se puede causar otra de la misma índole, lo que convertiría igualmente en inútil e ineficaz a la resolución final. Por ello, la medida cautelar no puede producir tampoco un daño irreparable o extraordinariamente gravoso a la empresa denunciada. En tal sentido, la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, especifica que la adopción se hará «de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad». En definitiva, la característica de proporcionalidad se traduce en que la medida escogida no sea susceptible de sustitución por otra igualmente eficaz, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado⁶.

Por lo que se refiere a las medidas cautelares en concreto que pueden ser adoptadas en el ámbito de la defensa de la competencia, no hay concreción legal más allá de la referencia del art. 40.1 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), a órdenes de cesación, imposición de condiciones determinadas y fianza de cualquier clase⁷. La expresión contenida en el primer párrafo de dicho apartado «entre otras, las siguientes medidas cautelares», respalda cualquier medida cautelar, ya sea órdenes o prohibiciones⁸, con el único límite de que, atendiendo a las circunstancias específicas del caso, sean aptas para asegurar la eficacia de la resolución futura⁹.

Hasta la fecha, en aplicación de la LDC de 2007, han sido adoptadas medidas cautelares que pueden ser clasificadas, básicamente, en tres categorías: las relativas a la suspensión de actos administrativos y disposiciones legales¹⁰; las que suponen el cese, por parte de la empresa denunciada, de determinadas conductas¹¹ o la prohibición genérica de desarrollar cualquier actuación que obstaculice la actividad de los competidores¹²; o aquellas otras que se traducen en la imposición a la denunciada de obligaciones de

⁶ Siguiendo la caracterización configurada, en el marco del proceso civil ordinario, en el art. 726 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

⁷ En el ámbito administrativo, la nueva Ley 39/2015 contempla expresamente medidas tales como la suspensión temporal de actividades; prestación de fianzas; retirada o intervención de bienes productivos o suspensión temporal de servicios; el cierre temporal del establecimiento; embargo preventivo de bienes, rentas y cosas fungibles; depósito, retención o inmovilización de cosa mueble; intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita; consignación o constitución de depósito de las cantidades que se reclamen; retención de ingresos a cuenta que deban abonar las Administraciones Públicas.

⁸ Por lo que respecta a la fijación de fianza hay que señalar que, si bien es cierto que el art. 40.1.b) del RDC prevé la posibilidad de solicitar dicha medida cautelar, de acuerdo con el anterior art. 45.1.b) de la anterior Ley 16/1989, la autoridad de competencia ha interpretado esta disposición como una potestad para imponer fianza de cualquier clase al solicitante de medidas cautelares con la finalidad de responder de los daños y perjuicios que la adopción de la medida provisional pudiera irrogar al sujeto afectado. Véanse M. ORTELLS RAMOS y R. BELLIDO PENADÉS, *op. cit.*, pp. 43 y ss.

⁹ M. P. CALDERÓN CUADRADO, «Sobre el régimen cautelar en defensa de la competencia y competencia desleal y su posible contribución a la efectividad de las resoluciones respectivas», *Actualidad Laboral*, núm. 3, 1992, p. 496.

¹⁰ Exptes. MC/0002/08, *Vinos de Jerez*, y MC/0007/12, *Criadores de caballos*.

¹¹ Exptes. MC/0001/08, MC/0003/09 y MC/0008/13.

¹² Exptes. MC/0001/08 y MC/0003/09.

hacer tales como insertar un anuncio con un determinado mensaje en su web, dar respuesta en 15 días a las solicitudes que reciba, o dar acceso a las instalaciones gestionadas por ella¹³.

B. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN

Ni el art. 54 de la LDC ni los arts. 40 y 41 del RDC especifican, de forma expresa, los requisitos cuya concurrencia es necesario apreciar para proceder a la adopción de una medida cautelar en un procedimiento de competencia. También carecen de referencia al respecto el art. 72 de la Ley 30/1992 o su correlativo art. 56 en la Ley 39/2015, por lo que se refiere a las medidas provisionales que pueden ser adoptadas, con carácter general, por cualquier órgano administrativo. No obstante, a estos efectos, resulta de plena aplicación los presupuestos derivados de la teoría general de las medidas cautelares en el proceso civil¹⁴: esto es, la verosimilitud de las conductas denunciadas (*fumus boni iuris*) y el peligro de demora (*periculum in mora*)¹⁵. A continuación, analizaremos cómo han sido interpretados estos requisitos por las autoridades españolas de competencia.

Por lo que se refiere al primero de estos requisitos, la apariencia de buen derecho exige una cierta seguridad respecto de la existencia *prima facie* de una conducta que resulta incurso en alguna de las prohibiciones de la LDC. Ahora bien, tal y como fue precisado por el anterior Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia (CNC) «no se trata de que exista una apariencia de buen derecho respecto a las conductas constitutivas de la infracción, que este Consejo Nacional de Defensa de la Competencia en este momento del expediente nunca podría valorar sin la completa tramitación del expediente principal, en el que se garantice la audiencia de las partes interesadas y su defensa, sino de la existencia de unos hechos cuya aparente verosimilitud da paso a la apertura de un expediente sancionador, para su esclarecimiento y calificación jurídica y que tales hechos de continuar produciéndose pudieran, de una parte, impedir la efectiva ejecución de la resolución finalizadora del expediente; y de otra, causar perjuicios a posibles interesados»¹⁶.

Por tanto, bastará con que exista, de acuerdo con el material probatorio recabado hasta ese momento, una razonable probabilidad de que las conductas denunciadas, que ha de enjuiciar la resolución final, sean ciertas y constituyan una infracción de la LDC¹⁷. Considerando que el art. 49.1 *in fine* de la LDC establece que se incoará expediente «cuando se observen indicios racionales de la existencia de conductas prohibidas» parece legítimo pensar que, una vez incoado el expediente sancionador, este presupuesto referido a la apariencia de buen derecho estará, automáticamente, justificado.

¹³ Exptes. MC/0006/12, MC/0007/12 y MC/0008/13.

¹⁴ En línea con los requisitos clásicos establecidos en el art. 728 LEC.

¹⁵ J. MASSAGUER, *op. cit.*, p. 737.

¹⁶ Expte. MC/0003/09.

¹⁷ Exptes. MC/0006/12, MC/0007/12 y MC/0008/13.

Esta misma conclusión se deriva de las resoluciones que, sobre medidas cautelares, han sido adoptadas desde la entrada en vigor de la LDC de 2007. De su lectura no se puede deducir la apreciación de un estándar de prueba mayor, más allá del hecho de que las conductas, tal y como han sido denunciadas, puedan constituir una infracción de la LDC y, en consecuencia, se pueda estar produciendo un daño en el mercado¹⁸. Especialmente clara resulta, en este orden, la declaración del extinto Consejo de la CNC, en su Resolución de 30 de junio de 2008¹⁹, cuando al analizar la concurrencia de este primer requisito, expuso: «Pues bien, el expediente sancionador existe y ha sido incoado por la DI porque, de conformidad con el art. 49 LDC, ha observado que los hechos denunciados (sobre cuya existencia no existe controversia) presentan indicios racionales de constituir una infracción del art. 1 LDC, susceptible de estar causando los perjuicios o daños para el orden público económico».

Dada la ilimitada casuística existente en cuanto a las prácticas anticompetitivas que pueden ser englobadas en cualquiera de los tres artículos de la LDC que tipifican las infracciones de competencia, es evidente que no en todos los casos los indicios que motivarán la incoación del expediente sancionador serán ni cualitativamente ni cuantitativamente de la misma envergadura. Entendemos que solamente en aquellos casos en que el estándar, tanto en cuanto a la verosimilitud de los hechos como a la afectación al mercado, sea sólido y elevado, permitirá considerar que hay elementos de juicio suficientes para justificar, en su caso, la adopción de una medida anticipatoria sin un análisis sobre el fondo. Además, el estándar exigible sobre la apariencia de buen derecho deberá ser proporcional a la envergadura de la medida que se solicite y a sus efectos.

En este sentido merece ser destacado que la apariencia de buen derecho no solamente se referirá a la verosimilitud de los hechos denunciados sino también, para poder integrar el tipo infractor, a la afectación significativa que la conducta investigada ocasiona en el mercado. De acuerdo con lo dicho, las dos únicas resoluciones en las que no se ha apreciado la concurrencia de esta apariencia de buen derecho se refieren a casos en los que, o bien el Consejo no compartió la existencia de efectos anticompetitivos de la conducta incoada²⁰, o bien entendió que algunas medidas solicitadas excedían las conductas denunciadas y probadas en el expediente²¹.

De lo anterior se deduce que el verdadero presupuesto que inclinará la balanza hacia la adopción de la medida cautelar será la justificación del llamado *periculum in mora* o peligro de demora²², tanto en su aspecto de riesgo de infructuosidad de la resolución definitiva del expediente sancionador como en su aspecto de riesgo o peligro por la tardanza en producirse

¹⁸ En tal sentido, exptes. MC/0003/09 y MC/0008/13.

¹⁹ Expte. MC/0002/08.

²⁰ Expte. MC/0009/13.

²¹ Expte. MC/DC/0001/14.

²² En contra, sin embargo, J. COSTAS COMESAÑA, *op. cit.*, p. 43.

esa resolución definitiva en la vía administrativa²³. Como se ha indicado, la finalidad de este tipo de tutela cautelar consiste en garantizar la efectividad del contenido de la resolución que en su momento se dicte y evitar los riesgos irreversibles que pueda acarrear la tardanza del procedimiento, no solamente respecto a la situación subjetiva del denunciante sino también a la estructura y funcionamiento del mercado. En definitiva, la acreditación de este requisito requiere que de la demora natural de la resolución final se derive un daño actual al funcionamiento competitivo del mercado de imposible o muy difícil reparación²⁴.

Es obvio que aunque en sede administrativa no rige la limitación explícitamente contenida en el ámbito cautelar civil, en el sentido de que no podrán acordarse medidas cautelares cuando pretendan alterar situaciones consentidas por el solicitante durante largo tiempo²⁵, tanto más difícil será justificar y amparar la existencia del peligro vinculado a la pendencia actual del proceso, cuando el daño al competidor o, en general, al funcionamiento competitivo del mercado, no se derive de una actuación relativamente reciente²⁶.

Sobre el presupuesto analizado merecen ser destacadas dos resoluciones del Consejo de la extinta CNC, por el especial esfuerzo de fundamentación al respecto contenidas en las mismas. En la primera de ellas (expte. MC/0001/08, *Residuos sanitarios 2*), que tuvo lugar como consecuencia de una solicitud de parte de medidas cautelares dirigida a dejar sin efecto el pacto de no competencia de cinco años impuesto a los vendedores de la sociedad ATHISA-2 a favor de CESPAS, impidiéndole a aquellos la entrada en el mercado español de gestión de residuos sanitarios y biosanitarios, el Consejo defendió la concurrencia del presupuesto del *periculum in mora*, declarando: «La propia Dirección de Investigación señala que dada la complejidad del expediente (en especial, en lo relativo a los supuestos acuerdos de reparto del mercado) es probable que la resolución definitiva no se produzca mucho antes del plazo máximo para resolver (que expira el 13 de agosto de 2009), por lo que si la apariencia de antijuridicidad del pacto de no competencia se confirmase, la efectividad real de esta declaración sería de apenas tres meses, puesto que en diciembre de 2009 se extingue la vigencia del pacto. Pero, aun bastando la concurrencia de este riesgo de ineficacia para la adopción de la medida cautelar propuesta por la Dirección de Investigación, en este caso también concurre el riesgo o peligro nacido de la propia tardanza de la resolución definitiva, en la medida en que es un hecho cierto que durante el tiempo de la tramitación del expediente está prevista la adjudicación de varios concursos públicos a los que, de mantenerse vigente el pacto de no competencia (y las indemnizaciones pactadas por eventual

²³ En extenso, J. MASSAGUER, *op. cit.*, pp. 743 y ss.

²⁴ M. ORTELLS RAMOS y R. BELLIDO PENADÉS, *op. cit.*, p. 42.

²⁵ Art. 728.1, párrafo 2.º LEC.

²⁶ Aunque, evidentemente, también se podrán tener en cuenta circunstancias especiales que justifiquen, en estos casos, su adopción. En este sentido, véase el expte. MC/0004/09, *Mediaprol Sogecable*.

incumplimiento), el denunciante no se podrá presentar con el consiguiente perjuicio a la lucha competitiva (y, por ello, al interés público encomendado a las administraciones que convoca el concurso) como bien jurídico tutelado por la Ley de Defensa de la Competencia».

En segundo lugar, las medidas cautelares adoptadas en el marco del expediente MC/0003/09, *Migración CUR*, fueron consecuencia de la denuncia, interpuesta contra cinco distribuidoras eléctricas, por la suspensión de los servicios telemáticos necesarios para gestionar las solicitudes de cambio de suministrador, llevada a cabo entre junio y julio de 2009, en plena liberalización del mercado de suministro eléctrico. En este caso, la extinta Dirección de Investigación propuso de oficio la adopción de las medidas cautelares y el Consejo tuvo en cuenta, por lo que se refiere al presupuesto del *periculum in mora*, el «riesgo de lesión al interés público tutelado por el Derecho de defensa de la competencia, dado que el momento temporal en el que las distribuidoras adoptan esta decisión de suspensión de la gestión telemática es clave a la hora de valorar el peligro de la demora. Sabiendo además que el TUR entra en vigor el 1 de julio, la suspensión por parte de las distribuidoras de la gestión telemática de las solicitudes de baja en el mes de junio, dificulta considerablemente esa posible captación de clientes por las comercializadoras, obstaculizando con ello la competencia en el mercado. La importancia del momento temporal hace necesario que las distribuidoras reanuden ese servicio de forma inmediata. Esta medida cautelar se hace más necesaria teniendo en cuenta que la Comisión Nacional de la Competencia tiene un plazo de 18 meses para resolver el procedimiento sancionador».

No obstante la trascendencia de este presupuesto, lo cierto es que en la práctica decisoria de la autoridad de competencia también encontramos otros pronunciamientos más recientes en los que la fundamentación sobre la concurrencia de este presupuesto en el caso analizado se ha realizado de forma más laxa. Así, por ejemplo, en el expte. MC/008/13, el único argumento que encontramos al respecto, dice: «Esta Sala comparte el criterio del SDC de que el contenido de la carta de 21 de julio de 2011, que el COFM remitió a sus colegiados podría perjudicar la imagen de la empresa denunciante al hacer alusión en la misma a una supuesta ilegalidad de la actividad que desarrolla, y ocasionar también daños y perjuicios en un sentido económico a la mercantil, ya que se han visto anulados diversos acuerdos que la empresa había iniciado con diferentes Ayuntamientos, según manifiesta la denunciante». Ninguna referencia se hace sobre la relevancia de los efectos de la conducta, más allá de la posibilidad apuntada de menoscabar la imagen y otros posibles perjuicios económicos para la denunciante, ni tampoco sobre el riesgo de ineficacia práctica de la resolución final del procedimiento, siendo precisamente este riesgo el presupuesto habilitante de la potestad cautelar.

En este ámbito sería deseable un mayor rigor de la autoridad a la hora de fundamentar los presupuestos de adopción de las medidas cautelares, y especialmente en lo referente al requisito de *periculum in mora*, en el senti-

do de los primeros pronunciamientos habidos tras la entrada en vigor de la LDC de 2007, por las importantes consecuencias que este proceso conlleva, como es la imposición de una medida de forma previa a la resolución definitiva, y por los evidentes beneficios anudados a una mayor transparencia y coherencia en cuanto a los criterios que motivan su adopción o su desestimación.

C. PROCEDIMIENTO

El proceso cautelar se caracteriza por la brevedad y simplificación de trámites, consecuencia de la propia naturaleza de este tipo de medidas instrumentales y, particularmente, de los riesgos inherentes a la demora en la corroboración y enjuiciamiento de los hechos denunciados en el procedimiento principal.

El procedimiento configurado por la LDC, sin embargo, no goza de la inmediatez presente en sede jurisdiccional, donde las medidas cautelares, que pueden ser formuladas con anterioridad a la presentación de la demanda principal, podrán ser adoptadas en las veinticuatro horas siguientes a la presentación de la solicitud²⁷. En primer lugar, porque, de acuerdo con el principio de separación de funciones, independientemente de que sean solicitadas en fase de instrucción o de resolución, serán dos órganos los que tendrán que pronunciarse sobre la pertinencia de las mismas, la Dirección de Competencia y el Consejo. En segundo término, la tramitación tendente al pronunciamiento sobre su adopción solamente se pone en marcha una vez incoado el correspondiente expediente sancionador, aun cuando las mismas hayan sido solicitadas en el escrito de denuncia. Por otra parte, los plazos y trámites establecidos en el RDC modelan un proceso que puede extenderse hasta un máximo de tres meses, momento en el cual la petición habrá de entenderse desestimada por silencio negativo (art. 36.6 LDC), plazo máximo que, por lo demás, puede verse retrasado por la interposición de un recurso contencioso-administrativo.

Las medidas cautelares pueden adoptarse en cualquier momento del procedimiento del expediente, desde la incoación hasta la resolución, tanto a instancia de los interesados como de oficio por la Dirección de Competencia (en la fase de instrucción) o por el Consejo (en fase de resolución). Lógicamente, será más sencillo convencer al órgano adoptante de la necesidad y efectividad de las mismas, si estas son solicitadas en un momento temprano de la fase de instrucción, puesto que, una vez que el expediente está en fase de resolución ante el Consejo, el plazo máximo para dictar la resolución definitiva estará mucho más próximo²⁸, por lo que la oportunidad de su adopción puede verse puesta en duda fácilmente²⁹.

²⁷ J. MASSAGUER, *op. cit.*, p. 760.

²⁸ Siendo, con carácter general, seis meses, según lo dispuesto en el art. 28.4 del RDC.

²⁹ Al respecto, la única resolución adoptada, con base en una solicitud presentada en fase de resolución, hasta la fecha por la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC ha sido la contenida

La solicitud, ya sea formulada en el propio escrito de denuncia o con posterioridad, deberá especificar la medida o medidas solicitadas y razonar las circunstancias excepcionales presentes en el caso que permitan apreciar los presupuestos de adopción de las medidas cautelares y justifiquen la intervención anticipada del órgano administrativo.

Una vez solicitadas, o una vez incoado el expediente sancionador, la Dirección de Competencia deberá pronunciarse sobre la pertinencia de las mismas, en el plazo de dos meses, a través de una propuesta que será elevada al Consejo. De igual forma, si la solicitud se hubiera realizado ante el Consejo, el órgano instructor deberá elevar su propuesta sobre la misma en el plazo de dos meses desde que el Consejo solicite el correspondiente informe a la Dirección de Competencia.

En dicha propuesta, la Dirección de Competencia deberá valorar la concurrencia de una situación jurídica cautelable, esto es, la existencia de una apariencia de buen derecho y el peligro de demora, en los términos señalados anteriormente. Deberá, además, pronunciarse sobre la pertinencia de cada una de las medidas solicitadas para paliar el riesgo de infructuosidad de la futura resolución definitiva y confirmar que las mismas no son irreversibles ni causan perjuicios irreparables a los interesados. En definitiva, deberá realizar, a la vista de la petición de parte y de las informaciones obrantes en el expediente, una proposición motivada de adopción o no de las medidas cautelares y, en su caso, de fianza.

Una vez recibida la propuesta por el Consejo, este deberá oír a los interesados (art. 41.3 RDC). Por tanto, la autoridad de competencia, en ningún caso, puede adoptar medidas cautelares *inaudita parte*³⁰. Ello comportará que se dé traslado de la solicitud de medidas cautelares al denunciado, para que este presente las alegaciones que tenga por convenientes tanto en relación con las medidas, como con su fundamento, así como si considera necesario la imposición de fianza para responder de los daños y perjuicios que se pudieran causar.

A pesar de que en este extremo la letra del precepto es ciertamente vaga, hay que entender que el escrito de contestación a la solicitud de medidas cautelares deberá presentarse en el plazo de cinco días desde su notificación por el Consejo. Una vez presentado, el Consejo resolverá sobre la procedencia de las medidas (art. 41.3 RDC). Aunque expresamente no se establece plazo para que el Consejo dicte su resolución, se entiende que, una vez recibidas las alegaciones de la contraparte, deberá resolver en el plazo más breve posible y, en todo caso, antes de que sea de aplicación el silencio negativo. A estos efectos, sería recomendable establecer un plazo determinado en el que el Consejo deba dictar la resolución de concesión o denegación de tales medidas.

Si bien la regulación no lo exige explícitamente y a pesar de la previsión del silencio negativo, lo adecuado sería que, una vez solicitada la

en el expte. MC/DC/0001/14, *Criadores de Caballos 2*, en donde se denegaron todas las medidas solicitadas, considerando, entre otras razones, el breve plazo de tiempo que faltaba para dictar resolución.

³⁰ J. COSTAS COMESAÑA, *op. cit.*, p. 37.

medida a instancia de parte, la Dirección de Competencia eleve ante el Consejo una propuesta tanto en los casos en que considere adecuada su concesión como su denegación³¹. En primer lugar, como hemos subrayado en diversas ocasiones, por la propia importancia del proceso cautelar y, en segundo término, porque solamente así es posible la creación de un acervo doctrinal que permita a futuros solicitantes pronosticar el resultado de una posible petición en este sentido y a los denunciados prever el resultado del proceso.

Una vez acordada la correspondiente medida cautelar, con vistas a la ejecución de la misma, la autoridad de competencia, de acuerdo con lo previsto en el art. 67 de la LDC, podrá imponer multas coercitivas de hasta 12.000 euros al día, sin perjuicio de que, asimismo, una vez acreditado el posible incumplimiento de las mismas por parte de la empresa interesada, pueda ser incoado el correspondiente expediente sancionador e impuesta la correspondiente sanción por la comisión de una infracción muy grave, en virtud de los arts. 62.4.c) y 63.1 de la LDC³².

Como indicamos, el apremio inherente a esta especial tramitación puede verse seriamente desdibujado por la interposición de un recurso contencioso administrativo contra la resolución que acuerda la correspondiente medida cautelar, con la posibilidad de solicitar su suspensión. Aunque desde la entrada en vigor de la LDC de 2007 esta posibilidad no se ha materializado en ninguno de los expedientes relativos a medidas cautelares, falta de litigiosidad contenciosa que induce a pensar en la solidez de las escasas resoluciones de la autoridad nacional en este ámbito, no deja de sorprender que no se haya articulado una solución contenciosa coherente con la propia naturaleza y finalidad de la medida cautelar, de forma similar a lo que sucede en el ámbito procesal civil, donde no es posible la suspensión de la resolución que acuerda la tutela cautelar en caso de interposición de recurso (art. 735.2 LEC). Ello considerando que, como hemos defendido en reiteradas ocasiones, la tutela, también la cautelar, en los procedimientos de competencia ha de ir dirigida, predominantemente, a garantizar el interés público cuya defensa tiene encomendada la autoridad de competencia.

D. ESCASA APLICACIÓN POR PARTE DE LA CNC/CNCM

Desde la entrada en vigor de la LDC de 2007 hasta la fecha se han resuelto diez expedientes relativos a medidas cautelares. De ellos, solamente en seis ocasiones han sido adoptadas medidas cautelares por la autoridad española de competencia³³.

³¹ No obstante, según lo que consta en los antecedentes de la Resolución de 17 de julio de 2014, expte. S/0345/11, *Criadores de Caballos*, la práctica del órgano instructor de competencia parece ser la contraria.

³² Exptes. VMC/0007/12, *Criadores de Caballos*, y SNC/0030/13, *Criadores de Caballos*.

³³ Tampoco existió mucha actividad en este campo bajo la anterior legislación de competencia. Como señala A. CREUS, *op. cit.*, p. 187, bajo la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, se dictaron 32 resoluciones relativas a la adopción de medidas cautelares. De estas

Los expedientes en los cuales dicho tipo de medidas han sido adoptadas están relacionados con sectores económicos muy diversos: gestión de residuos sanitarios (MC/0001/08); producción y comercialización de vinos de denominación de origen Jerez y Manzanilla (MC/0002/08); comercialización de electricidad (MC/0003/09); prestación de servicios funerarios (MC/0006/12); gestión y ordenación de actividades económicas relacionadas con los caballos de Pura Raza Española (MC/0007/12); y servicios de distribución minorista de medicamentos y productos farmacéuticos (MC/0008/13).

No obstante, todos los casos tienen algunas características comunes. Primeramente, la existencia de una práctica de diferente naturaleza que conlleva la exclusión de determinados competidores del mercado afectado. Ya sea a través de la imposición de determinadas cláusulas contractuales o requisitos legales, de la negativa a dar acceso a determinada instalación o información esencial para competir, o de la implementación de sofisticados requisitos técnicos, las conductas que han dado lugar a la adopción de medidas cautelares tienen como efecto obstaculizar la actividad de competidores que ya estaban operando en el mercado o boicotear el acceso a nuevos competidores en el mismo.

Además, en todas ellas, los ejecutores de la práctica, o bien era empresas con posición de dominio (exptes. MC/0006/12 y MC/0007/12), o bien empresas que sin gozar de dominancia, sí ostentaban una posición preeminente en el mercado afectado, al haber sido designadas como suministradoras TUR durante el proceso de liberalización del sector eléctrico, al tratarse de asociaciones oficiales de carácter profesional o corporaciones con facultades públicas, o al constituir las empresas principales del mercado, lo que, en todo caso, permitía dotar a sus actuaciones de efectos adversos más inmediatos e intensos.

Todo ello evidencia, a pesar de su escasa utilización, la efectividad de este instrumento legal para conjurar de forma prematura y tempestiva los daños relevantes que se pueden producir en el mercado, y que pueden llegar a ser irreversibles como consecuencia de la dilación en adoptarse la resolución definitiva. Igualmente, son constatables los beneficios que de su utilización se derivan, no solamente para la parte solicitante sino también para todos los participantes e, incluso, los consumidores y, en definitiva, para el interés público concurrencial.

En tal sentido es especialmente significativa la actuación cautelar acordada de oficio a raíz del ya mencionado expediente MC/0003/09, *Migración CUR*, mediante la cual se pretendió atajar los obstáculos interpuestos por cinco distribuidoras de electricidad y la asociación sectorial al impulso liberalizador desplegado en 2009 en el mercado de suministro minorista de electricidad. Caracterizado este mercado de comercialización eléctrica ya desde la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector

32 resoluciones, en 12 de ellas el resultado fue la imposición de las medidas, siendo las restantes rechazadas.

Eléctrico, por los principios de libre competencia, libertad de contratación y libre elección del suministrador por parte del consumidor, fueron necesarias sucesivas reformas legales para garantizar la liberalización material y efectiva de dicho suministro. Probablemente la más importante tuvo lugar el 1 de julio de 2009, cuando entró en vigor el llamado suministro de último recurso, se produjo la desaparición del sistema tarifario anterior y se escindió por completo la actividad de distribución de electricidad, en régimen de monopolio natural, a cargo de las distribuidoras y la de comercialización, en régimen de libre competencia, a cargo exclusivamente de las empresas comercializadoras. Desde ese momento todos los consumidores de energía eléctrica podían, por tanto, contratar la adquisición de energía eléctrica con cualquiera de las empresas comercializadoras que libremente eligieran.

En este marco constituía un activo crucial para el éxito de la liberalización real del suministro y para la propia capacidad de las empresas comercializadoras de competir eficientemente en el mercado de suministro minorista, el acceso de estas a la información relativa a los clientes y puntos de suministro en poder de las distribuidoras. Pues bien, en un ejemplo de extraordinaria agilidad y eficiencia administrativa, tras ser recibida denuncia el 17 de junio de 2009 relativa a los impedimentos que estaban poniendo las cinco distribuidoras para la gestión de solicitudes de cambio de suministrador instadas por las comercializadoras, la extinta Dirección de Investigación, con fecha 24 de junio, incoó expediente sancionador y ese mismo día elevó al Consejo una propuesta de medidas cautelares al objeto de que ordenara el cese de dichas prácticas de suspensión de la gestión telemática de las solicitudes de cambio de suministrador, lo que fue acordado por el anterior Consejo apenas unos días más tarde, el 1 de julio. Como fácilmente puede apreciarse, esta actuación cautelar propició que, en un momento de extraordinaria importancia para el proceso liberalizador del mercado eléctrico, no se obstaculizara la actividad de las comercializadoras, se hiciera efectivo el reconocimiento formal del derecho de los consumidores a elegir libremente al suministrador de electricidad y, en definitiva, se cumpliera el calendario legal establecido de liberalización del sector eléctrico, sin necesidad de esperar a la resolución final del expediente sancionador, que tuvo lugar el 13 de mayo de 2011³⁴.

Pero la eficacia de las medidas cautelares no solamente se limita a la adopción y cumplimiento de las mismas. Hay que tener en cuenta que simplemente el inicio del proceso actúa como medio de presión frente a la estrategia defensiva de la empresa denunciada, lo que, como se ha demos-

³⁴ Desgraciadamente, esta Resolución de 13 de mayo de 2011, expte. S/0159/09, *Unesa y Asociados*, que acreditaba la conducta colusoria desarrollada por Iberdrola, S. A.; Endesa, S. A.; E.ON España, S. L.; Gas Natural SDG, S. A., e Hidroeléctrica del Cantábrico, S. A., y UNESA para la obstaculización del cambio de suministrador en el mercado de la comercialización de energía eléctrica a pequeños clientes desarrollada entre 2007 y 2009, ha sido recientemente anulada por el TS en sendas Sentencias de 20, 23, 24 y 25 de marzo de 2015, por cuestiones formales que no de fondo, en concreto al privar de validez a la Orden de investigación que dio lugar a las actuaciones inspectoras, de las cuales traía causa el mencionado expediente sancionador.

trado en los casos resueltos hasta ahora, puede tener importantes consecuencias procesales en relación con el proceso principal.

Como se ha visto, aunque la concesión de las medidas cautelares constituye un enjuiciamiento provisional, y circunstancias sobrevenidas y las pruebas aportadas con posterioridad pueden modificarlo, la propuesta del órgano instructor al Consejo mostrándose proclive a su adopción, da una señal clara al denunciado del posicionamiento sobre los hechos dilucidados en el proceso principal. Ello puede determinar la estrategia jurídica del denunciado en el procedimiento principal y la modificación de su propio comportamiento en el mercado desde la adopción de las medidas cautelares. Así, en dos de los casos resueltos hasta la fecha, la adopción de medidas cautelares ha motivado el inicio de la Terminación Convencional del expediente (exptes. MC/0005/10 y MC/0008/13), y en otros tres la empresa denunciada ha modificado su comportamiento voluntariamente, procediendo al cese de la práctica analizada, incluso con antelación a que se dictase la resolución definitiva de medidas cautelares (exptes. MC/0003/09, MC/0004/09 y MC/0005/10).

Adicionalmente, desde un punto de vista procesal, hay que señalar que el cumplimiento de las medidas cautelares, hasta el momento, no se ha tomado en consideración como atenuante³⁵, si bien evidentemente para calcular el importe de la sanción se tendrá en cuenta la duración de la misma, y por tanto, su duración más limitada por mor de la medida cautelar adoptada.

En definitiva, del análisis de las resoluciones de medidas cautelares adoptadas por la autoridad española de competencia bajo la videncia de la LDC de 2007, se puede concluir que, a pesar de su excepcionalidad y su limitada, e incluso decreciente, utilización, se trata de un instrumento de extraordinaria utilidad y alcance. Primeramente, desde el punto de vista del interés público concurrencial, ya que permite poner fin de forma anticipada a lesiones o alteraciones graves producidas a la dinámica competitiva del mercado. En particular, la práctica decisoria de la autoridad española de competencia en los últimos años ha demostrado su efectividad para evitar a tiempo la exclusión inminente y anticompetitiva de operadores del mismo.

Por lo demás, también posibilita al denunciado por una infracción de competencia prever con suficiente antelación la valoración del órgano de competencia de las conductas denunciadas y, en su caso, modificar su estrategia defensiva y agilizar la terminación del procedimiento, con el consiguiente ahorro de recursos públicos en la investigación de infracciones de competencia y de perjuicios económicos para la empresa.

³⁵ Véase, p. ej., la Resolución del extinto Consejo de la CNMC de 4 de junio de 2009, expte. 2779.07, *Consejo Regulador de Denominación de Origen Vinos de Jerez y Manzanilla de Sanlúcar*.

3. BREVES NOTAS SOBRE MEDIDAS CAUTELARES EN LA APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Como es sabido, el art. 86.ter 2.f), LOPJ otorga a los jueces de lo Mercantil la competencia para conocer, en primera instancia, de los procedimientos de aplicación privada, tanto del Derecho comunitario como nacional, sobre Derecho de defensa de la competencia. En consecuencia, son estos concretos órganos judiciales los que están llamados a sustanciar, en su caso, las demandas cautelares que pudiesen ejercitarse en esta materia.

Pues bien, en la materia que nos ocupa, a saber los procedimientos civiles sustanciados en aplicación del Derecho de la competencia los Juzgados de lo Mercantil tampoco han ofrecido numerosos ejemplos de adopción de medidas cautelares³⁶. Como ha puesto de relieve algún autor, ello puede deberse, en parte, a que la invocación del Derecho de la competencia ante los jueces civiles se ha canalizado tradicionalmente por vía de excepción, frecuentemente como argumento defensivo para desvirtuar la apariencia de buen derecho en demandas de incumplimiento en que se solicitaban medidas cautelares³⁷.

Dado que la LDC no contiene normas específicas sobre esta cuestión, habrá que estarse, desde el punto de vista procesal, a lo establecido de forma general para el proceso civil por la LEC. En este sentido, las medidas cautelares pueden dictarse solo a instancia de parte, tanto por quien sostiene la acción principal como por el demandante reconvenicional, planteando este último supuesto, a priori, mayores dificultades, por el juego del art. 728.1.2 LEC, según el cual no puede pretender justicia cautelar aquel que ha consentido durante largo tiempo (salvo que se justifiquen cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces). Parece que será en todo caso más difícil de probar la urgencia

³⁶ Con notables excepciones, como los Autos del Juzgado de lo mercantil de Madrid núm. 2, de 20 de julio de 2005, del Juzgado mercantil de Madrid núm. 3, de 29 de marzo de 2006, sobre el mantenimiento del suministro de contenidos deportivos a determinadas empresas de televisión por cable, o sobre la validez de ciertos acuerdos relacionados con una Oferta Pública de Adquisición, respectivamente, o el reciente Auto del Juzgado de lo mercantil núm. 1, de 30 de julio de 2015, sobre el descenso del Elche C. F. En este último supuesto, se solicitaban medidas cautelares previas a la demanda, fundamentando su futura pretensión en los siguientes términos «al futbolista actor se le está impidiendo desarrollar su trabajo en base a unas normas que no gozan de rango legal y que atentan contra la libre competencia en el sector económico del fútbol, produciendo irreparables perjuicios económicos y profesionales en el ámbito de su carrera deportiva en caso de no adoptarse la medida interesada de forma urgente». Precisamente la imprecisión de estos términos, y la falta de argumentos que impidan o dificulten gravemente a la solicitante la presentación inmediata de la demanda iniciadora del procedimiento principal, lleva a la juez a alertar de los riesgos de que las medidas cautelares «puedan utilizarse como una herramienta no conectada necesariamente a la promoción de un proceso principal, y sean utilizadas como simple medio de presión a las personas frente a las que se solicita, o como medio de anticiparse y situarse en mejor posición, de modo injustificado, que otros perjudicados que se encuentran en la misma situación que los recurrentes».

³⁷ S. VILATA MENADAS, «Medidas cautelares en procedimientos por infracción de las normas de defensa de la competencia ante los Juzgados de lo Mercantil», en J. I. RUIZ PERIS (dir.), *La nueva Ley de Defensa de la competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 150.

de las medidas preventivas por aquel que no ha ejercitado *motu proprio* las acciones judiciales que le pudiesen corresponder.

Los presupuestos que operan para la adopción de medidas cautelares en el ámbito privado son los ya conocidos apariencia de buen derecho (*fumus boni iuri*) y peligro por la mora procesal (*periculum in mora*), de los que ya se ha tratado con amplitud *supra*. Simplemente añadiremos que, en esta sede, serán de gran utilidad, a efectos probatorios del buen derecho, la existencia de un pronunciamiento condenatorio al respecto proveniente de la respectiva Autoridad de la competencia, sea nacional o europea³⁸. A las conocidas características de instrumentalidad, provisionalidad, temporalidad, y proporcionalidad, hay que añadir la variabilidad. Por virtud de este último matiz las medidas acordadas en un primer momento son susceptibles de ser modificadas según el principio *rebus sic stantibus*³⁹.

Por otro lado, la situación jurídica cautelable queda ligada al proceso principal, y dado que la LEC no establece excepciones, esta tutela es extensible a la tutela declarativa, la ejecutiva y la de condena. En efecto, puede aventurarse que serán las cautelares ligadas a la tutela declarativa las más frecuentes por ser este el ámbito en que se ubican, entre otras, las demandas de nulidad contractual derivadas de ilícito *antitrust*.

Respecto de la legitimación, hay que hacer expresa mención a la posibilidad de que asociaciones de consumidores y usuarios soliciten, en el seno de un procedimiento principal de reparación de daños, medidas cautelares en defensa de intereses colectivos. En estos casos, simplemente ha de apuntarse la dificultad que en los casos de infracciones del Derecho *antitrust* suele conllevar la determinación de los sujetos afectados, pues de ello dependerá el mayor o menor abanico de sujetos legitimados para litigar. En efecto, cuando los perjudicados sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación solo podrán litigar las asociaciones que sean representativas (art. 11 LEC). Lejos de ser cuestión baladí, fue la razón esgrimida para desestimar definitivamente la acción colectiva que Ausbanc interpuso contra Telefónica, en representación de los titulares de líneas ADSL en España, en reclamación de los daños y perjuicios causados por el abuso de dominio, que había sido sancionado previamente por la Comisión Europea. Esta restrictiva opción del legislador, junto con otras razones de orden operativo internas a estas asociaciones y también de orden económico, hacen que sean escasas, todavía, este tipo de acciones colectivas⁴⁰.

Es importante destacar que el juez decidirá sobre las medidas cautelares previa audiencia del demandado, a través de una vista tramitada como juicio verbal, aunque cabe excluir esta audiencia y, por tanto, es posible la

³⁸ Así lo pone de manifiesto S. VILATA MENADAS, *op. cit.*, p. 144.

³⁹ MONTERO AROCA *et al.*, *Derecho Jurisdiccional. Proceso civil*, 23.ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 708.

⁴⁰ F. MARCOS FERNÁNDEZ, «La aplicación privada del Derecho de defensa de la competencia por los Tribunales españoles», *ICE*, núm. 876, 2014, p. 102. Disponible en http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_876__14DBFFFAE58B6382B1E536DD792E39C0.pdf.

adopción de medidas cautelares *inaudita parte*, cuando así se solicite por motivos de urgencia o cuando la audiencia pueda comprometer el buen fin de la medida cautelar (arts. 733 y 734 LEC).

No cabe olvidar que, por virtud del art. 728 LEC, el solicitante de la medida cautelar habrá de prestar caución, *salvo que expresamente se disponga otra cosa*, para responder de los daños y perjuicios que la medida pudiera causar al demandado. De esta obligación puede quedar dispensado el solicitante cuando la acción se ejercite en defensa de intereses colectivos de los consumidores. Para ejecutar la caución, habrá de determinarse que la medida carecía de fundamento, por lo que cabe plantearse que será solo tras la finalización del proceso principal cuando pueda determinarse dicho presupuesto. Por otro lado, esta previsión del Derecho procesal civil suscita una cuestión de relevancia. A saber, si los eventuales daños causados por una medida cautelar que se revela excesiva o innecesaria pueden ser reclamados cuando es la Autoridad pública, sea europea o nacional, quien impone la medida de oficio.

De entre las múltiples medidas tutelares que pueden acordarse, en la materia que nos ocupa se revelan especialmente adecuadas la cesación o prohibición temporal de actividades o conductas o suspensión cautelar de acuerdos, que puede ser tan importante como la resolución final, con lo que en cierta medida, la justicia cautelar en ocasiones presenta manifestaciones de justicia plenaria. En efecto, en ocasiones, el demandante vendría a obtener en el proceso cautelar lo que solicita en el proceso principal, anticipando, con ello, los efectos de la eventual sentencia⁴¹. Se deja, no obstante, con carácter general al demandando la posibilidad de solicitar la sustitución de la medida cautelar por una caución, que el juez concederá si se dan los presupuestos previstos en el art. 746 LEC, entre los que se cuenta que la medida cautelar pudiese restringir o dificultar la actividad patrimonial o económica del demandando de modo grave y desproporcionado. En este sentido, cabe plantearse si toda medida cautelar es sustituible por fianza, sin olvidar la conflictiva cuestión de la cuantificación de la caución.

No puede ser pasado por alto la dificultad que entraña la sustitución por caución de la obligación de mantener el abastecimiento a un *input* esencial para el reclamante, o la de dejar en suspenso un contrato que obliga al demandante a renunciar a cualquier licitación pública. Es previsible que en el tema que nos ocupa el demandado esté rara vez interesado en la sustitución de la medida cautelar.

4. *INTERIM MEASURES* EN LA PRÁCTICA DE LA COMISIÓN EUROPEA

Del análisis de la práctica de la Comisión Europea en los últimos años se desprende que esta institución, pese a estar expresamente facultada para

⁴¹ S. VILATA MENADAS, *op. cit.*, p. 141; J. MONTERO AROCAS, *op. cit.*, p. 714.

ello, no ha sido especialmente prolija en la adopción de medidas cautelares en su aplicación del Derecho de la competencia. Si analizamos el Reglamento 1/2003, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado, observamos, en primer lugar, una habilitación expresa a las Autoridades de la Competencia nacionales para adoptar medidas cautelares que se manifiesta en los siguientes términos. El art. 5 del Reglamento 1/2003 faculta a las autoridades de competencia nacionales a aplicar directamente los arts. 81 y 82 TCE (hoy arts. 101 y 102 TFUE) a los supuestos particulares de infracción, pudiendo, a estos efectos, *actuando por iniciativa propia o a instancia de parte*, tanto requerir a las partes para que pongan fin a la infracción, como ordenar medidas cautelares, y aceptar compromisos y/o imponer multas sancionadoras, multas coercitivas o cualquier otra sanción prevista en el Derecho nacional.

Por otro lado, el art. 8 del mismo Reglamento, establece que en casos de urgencia y existencia de un riesgo de daño grave e irreparable a la competencia, la Comisión puede, *de oficio*, ordenar medidas cautelares sobre la base de la existencia de indicios de incumplimiento (*prima facie finding of infringement*). A renglón seguido el art. 8.2 especifica que la decisión que las imponga será temporal, pudiendo ser prorrogada su fuese necesario. Aunque el Reglamento no lo prevé expresamente⁴², la jurisprudencia del TJUE ha afirmado que, como cualquier Decisión de la Comisión, también aquellas que impongan medidas cautelares estará sujeta a revisión judicial⁴³. Y en esa labor de revisión, «el juez deberá tener en cuenta si existe el riesgo grave de que los efectos perjudiciales de una orden de tal naturaleza, caso de que deba ser ejecutada inmediatamente, sobrepasen los de una medida cautelar y, mientras tanto, irroguen daños y perjuicios que excedan sensible mente de los inconvenientes inevitables, pero pasajeros, que derivan de una medida de tal naturaleza»⁴⁴.

Aunque la decisión de la Comisión, adoptando o rechazando, las medidas cautelares, es objeto de revisión, el Tribunal de Justicia ha manifestado en reiteradas ocasiones que no puede sino anular o validar la decisión de la Comisión. Esto es, no puede actuar como sustituto de la misma y decidir sobre la concreta imposición de medidas. Ello iría en contra de la separación funcional de las instituciones europeas⁴⁵. Por ello, la utilidad del recurso judicial es de reducidas dimensiones, pues la posición frente a los

⁴² Adviértase que el art. 31, que prevé el Control por parte del Tribunal de Justicia, establece que este órgano judicial gozará de competencia jurisdiccional plena para resolver los recursos interpuestos contra las Decisiones por las cuales la Comisión *haya fijado una multa sancionadora o una multa coercitiva*. Podrá suprimir, reducir o aumentar la multa sancionadora o la multa coercitiva impuesta.

⁴³ Véase, entre otros, el Auto del presidente del Tribunal de Primera Instancia de 21 de mayo de 1990, recaído en el caso *Peugeot*, T-23/90, que conoce de «la petición de suspensión de una orden adoptada por la Comisión con carácter provisional en relación con una empresa, a la espera de una Decisión definitiva a efectos del art. 3 del Reglamento 17 del Consejo».

⁴⁴ Auto del presidente del Tribunal de Primera Instancia de 21 de mayo de 1990, cit.

⁴⁵ Véase, por ejemplo, asunto *La Cinq.*

hechos probablemente no cambiará. Bastante previsiblemente, justificará de forma más exhaustiva la misma decisión.

Es sorprendente que la literalidad de los dos preceptos diverja en cuanto a la forma de actuar puesto que, a diferencia de las Autoridades Nacionales, formalmente, la Comisión no parece poder actuar a instancia de parte sino únicamente *ex officio*. Así lo confirma la «Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los arts. 81 y 82 del Tratado CE»⁴⁶, en su párrafo 80, donde establece que «de conformidad con el art. 8 del Reglamento 1/2003, la Comisión podrá ordenar a iniciativa propia la adopción de medidas cautelares cuando exista el riesgo de que se produzca un perjuicio grave e irreparable a la competencia». El art. 8 del Reglamento 1/2003 establece con claridad que los denunciantes con arreglo al apartado 2 del art. 7 del Reglamento 1/2003 no podrán solicitar la adopción de medidas cautelares. Esta diferenciación se justifica, en que las empresas pueden solicitar la adopción de medidas cautelares a los órganos jurisdiccionales nacionales, que están mejor situados para decidir sobre tales medidas.

Las consecuencias de esta divergencia han sido puestas de manifiesto por la doctrina⁴⁷, quien entiende que a los denunciantes no se les otorga el derecho específico de solicitarlas y, por tanto, la Comisión no tiene la obligación de rechazarlas formalmente⁴⁸. Sin embargo, esta opinión ha de ser matizada. En efecto, el hecho de que la decisión de la Comisión está sujeta a revisión judicial, implica necesariamente que la Comisión debe exponer las razones, adecuadas y relevantes, de forma tal que permitan al Tribunal de Justicia ejercer su poder de revisión⁴⁹.

En consecuencia, y aunque no haya de manifestarse sobre todos y cada uno de los argumentos alegados por las partes, la Comisión no podrá despachar la solicitud de medidas cautelares sin una, siquiera breve, justificación. Por otro lado, hay que señalar que las consecuencias para el denunciante de la falta de atribución del derecho a solicitar las medidas cautelares no parecen ser de envergadura, ya que la práctica de la Comisión demuestra que la mayoría de las medidas impuestas han sido sugeridas, o solicitadas de manera informal, por la parte perjudicada por los hechos denunciados o investigados.

En cuanto a la regulación de las medidas cautelares, se constata que el art. 8 del Reglamento 1/2003 no hace sino codificar, fundamentalmente, el *case law* existente anteriormente y que fue desarrollado bajo la vigencia del

⁴⁶ (2004/C 101/05).

⁴⁷ J. FAULL y A. NIKPAY, *The EC Competition Law*, 2ª ed., Oxford University Press, 2007, p. 123.

⁴⁸ Tal y como ya venía haciendo la Comisión. Es ilustrativa al efecto, la Orden del presidente del Tribunal de primera instancia de 6 de diciembre de 1989, caso *Cosimex* T-131/89 R, de la que se desprende que la decisión de no ordenar medidas cautelares estaba contenida en una carta enviada al solicitante, «without being necessary to rule on whether or not the Commission's letter of 7 June 1989 constitutes a decision against which proceedings may be brought—inasmuch as it contains a refusal on the Commission's part to adopt the interim measures—».

⁴⁹ *La Cinq*, par. 35.

Reglamento 17/62, que no contenía mención expresa a la facultad de ordenar medidas cautelares. Pionera, en este sentido, fue la sentencia del TJCE en el caso *Camera Care*⁵⁰, que estableció que la Comisión tenía la facultad de adoptar medidas cautelares «en la medida en que estas puedan considerarse indispensables para evitar que el derecho de decisión previsto por el art. 3 termine resultando ineficaz o, incluso, ilusorio», a pesar de la falta de previsión expresa. Estas medidas, en opinión del Tribunal, habían de ser aplicadas en supuestos de urgencia, con objeto de remediar una situación que podría causar un perjuicio grave e irreparable a la parte que solicita su adopción, o intolerable para el interés general. Por último, debían de ser proporcionadas, esto es, no ir más allá de lo estrictamente necesario para permitirle ejercitar sus funciones de manera eficaz y, en particular, para garantizar el efecto útil de las posibles decisiones, temporales y sujetas a revisión⁵¹.

Por otro lado, si bien es cierto que el art. 8 del Reglamento 1/2003 plasma, fundamentalmente, la doctrina del Tribunal de Justicia, no lo es menos que también introduce algunos matices *ex novo*. En concreto, y en relación con el riesgo de daño, el art. 8 del Reglamento 1/2003 añade una ligera corrección al pronunciamiento del Tribunal en *Camera Care* para alinear-lo con los objetivos generales de la Política de competencia. En efecto, este precepto especifica que las medidas cautelares pueden ser adoptadas únicamente en caso de urgencia debido a un daño grave e irreparable a la competencia, no siendo suficiente que se ocasione un daño a una empresa particular.

Este es un matiz que ajusta la doctrina del Tribunal a la finalidad perseguida en la aplicación de los arts. 101 y 102 TFUE, que es la protección del juego no falseado de la competencia, y es que la Comisión, en su actuación como Autoridad de competencia, debe ejercer sus facultades únicamente en aras del interés general⁵². En efecto, la defensa de los intereses particulares de los operadores está mejor garantizada a través de la protección que otorgan las autoridades judiciales nacionales.

A. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN

a) Prima facie

Para poder imponer medidas cautelares, la Comisión debe establecer la «probable existencia» de una infracción (*Peugeot Case*, T-23/90), sobre la base de la información que posee, bien porque ha sido incautada por los propios funcionarios de la Comisión, por ejemplo, o porque ha sido faci-

⁵⁰ Sentencia de 17 de enero de 1980, caso 729/79 R.

⁵¹ Sobre ello, J. FAULL y A. NIKPAY, *The EC Competition Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2007, p. 123, entre otros.

⁵² Como acertadamente señala J. FAULL y A. NIKPAY, *The EC Competition Law*, 2.ª ed., Oxford University Press, 2007, p. 123.

litada por el solicitante/denunciante⁵³. Sin embargo, no es necesario que de dicha información se desprenda que ha habido una clara y manifiesta infracción, sino únicamente que hay motivos fundados para creer que ha sido así, aunque aún no haya quedado probado.

En asuntos como *La Cinq*, la Comisión llevó demasiado lejos la exigencia de este requisito y fue reprobada por el Tribunal, que le cuestionó que aplicara los mismos estándares de certeza exigibles para la Decisión final al procedimiento de adopción de medidas cautelares⁵⁴. En su fundamentación para no imponer medidas cautelares, la Comisión había alegado que «el examen inicial y sumario de los hechos no revelaba *prima facie* la existencia de una *clara y flagrante infracción* del Tratado». En todo caso, la práctica de la Comisión revela que la exigencia de la *prima facie* no puede desprenderse, sin más, de la mera apertura de la investigación, presentando, así una quizás excesiva severidad respecto de los estándares de la CNMC⁵⁵.

b) Urgencia

A la hora de categorizar los requisitos de las medidas cautelares, en ocasiones se ha diferenciado la urgencia del riesgo de daño irreparable. Sin embargo, el Tribunal de Justicia, ya en 1980⁵⁶, estableció que la condición de urgencia no es en realidad sino uno de los aspectos de la condición relativa al riesgo de daño grave e irreparable. A pesar de ello, en aras de una mejor exégesis, suelen venir diferenciados.

Y, en efecto, la urgencia ha de venir determinada por la existencia de un riesgo de causar un daño grave e irremediable al interés general, esto es, un daño que no podrá ser evitado en caso de esperar a la finalización del procedimiento. En palabras del Tribunal de Justicia, es un daño que no puede ser adecuadamente reparado mediante indemnización, aunque la parte obtuviera una Decisión final favorable⁵⁷. Por ello, en ocasiones se han considerado razones basadas en la desventaja competitiva que sufriría el solicitante y el efecto que esta puede tener en su posición a largo plazo⁵⁸. Sin embargo, en estos casos, ha de justificarse detalladamente que las medidas cautelares están dirigidas a proteger el interés general y no el particular del operador que se ve perjudicado y que, por tanto, estos efectos son negativos para el sistema competitivo y no solo para la parte⁵⁹.

⁵³ Un claro ejemplo de esta conjunción se da en *British Sugar*, la Decisión de imponer medidas cautelares se basa, tanto en la información facilitada por el denunciante como en los documentos incautados en las inspecciones llevadas a cabo por oficiales de la Comisión, que fueron mucho más reveladores.

⁵⁴ Resolución del Tribunal de Primera Instancia de 24 de enero de 1992, T-44/90. Entre otros, al respecto, I. VAN BAEL y J.-F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2005, pp. 1098 y ss.

⁵⁵ Véase *supra*, p. 6.

⁵⁶ *La Cinq*, par. 29.

⁵⁷ *Camera Care*, par. III.

⁵⁸ Caso *Mars*, par. 36.

⁵⁹ La Comisión actúa en defensa del interés general y no en interés de los particulares, quienes pueden acudir a los Tribunales nacionales a tal efecto. Véase G. L. TOSANO y L. BELLODI, *EU Competition Law*, vol. 1, Procedure, Claeys & Casteels, 2006, pp. 39 y 167.

La propia indeterminación del término presenta una de las mayores dificultades a las que se enfrenta la Comisión a la hora de aplicar medidas cautelares en el caso concreto. Aunque existen supuestos en que la urgencia es fácilmente constatable, tales como el riesgo de cese de actividad de un operador⁶⁰, la urgencia no puede ser reconducida unívocamente a este supuesto de desaparición de operadores.

En ocasiones, este requisito ha sido interpretado de forma demasiado estricta, al considerar merecedor de tutela cautelar solo el daño que no pueda ser reparado por una Decisión ulterior. En realidad, el Tribunal ha introducido una relativa mayor laxitud al entender como irreparable también aquel daño que no pueda ser «adecuadamente reparado» mediante una Decisión posterior.

c) *Procedimiento*

El Reglamento 773/2004 desarrolla los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82 del Tratado CE (hoy arts. 101 y 102 TFUE). Paradójicamente, este texto solo hace una mención, de escasa entidad, a las medidas cautelares en el art. 17 para reducir a una semana los plazos previstos en aplicación de los arts. 6.1, 7.1 y 10.2 del mismo texto legal. Estos preceptos se refieren al envío de la copia de la versión no confidencial del pliego de cargos al denunciante para que formule sus observaciones por escrito, a la desestimación de la denuncia, y a la notificación del pliego de cargos definitivo.

Prácticamente, ningún documento de la Comisión hace alusión a las medidas cautelares⁶¹. Y cuando se hace, como en la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia⁶², la mención carece de sustantividad relevante.

La orfandad legislativa hace que el procedimiento, más de veinte años después de la primera sentencia, esté rodeado de inseguridad y oscurantismo⁶³. Y es que este procedimiento se ha ido perfilando, progresivamente, gracias, por una parte, a las intervenciones del Tribunal de Justicia a través de la escasa jurisprudencia y, por otra, a la praxis de la Comisión. Sin em-

⁶⁰ *British Sugar Case* o *Akzo*, entre otros.

⁶¹ Tradicionalmente, solo el Reglamento 1284/91 sobre el transporte aéreo contenía un precepto dedicado a la adopción de medidas cautelares, y era este texto el que se tomaba como modelo general. C. S. KERSE, *EC Antitrust Procedure*, 4.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 1998, p. 233, entre otros.

⁶² (2004/C 101/03). En este texto simplemente se apunta la posibilidad de que las Autoridades de la competencia nacionales puedan informarse mutuamente de las decisiones relativas a medidas cautelares (par. 48), y que en la adopción de estas medidas por parte de la Comisión el Comité consultivo sea consultado (par. 60) en un plazo más corto que el ordinario de 14 días (par. 67).

⁶³ Algunos comentaristas predecían, con anterioridad a los Reglamentos 1/2003 y 773/2004, que en la aplicación de medidas cautelares, la Comisión seguiría el Reglamento 2842/98. En virtud de esta norma, a la parte contra la que irían dirigidas las medidas cautelares se le concedería un plazo mínimo de 14 días para responder al Pliego de cargos y se le oíría en audiencia pública, véase C. BELLAMY y G. CHILD, *European Community Law of Competition*, 5.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2001, p. 923.

bargo, todo ello no ha sido compilado, de forma exhaustiva, en un texto normativo.

En efecto, la labor del TJUE ha sido muy relevante en la configuración del procedimiento. Así, ya en *Camera Care* apuntó la necesidad de que las partes afectadas gozasen del derecho a ser oído⁶⁴ y, por otro lado se establecía la necesidad de que dichas decisiones estuvieran sometidas a revisión judicial⁶⁵. Tempranamente incluso se sugirió que el Comité consultivo tuviese la ocasión de manifestar su opinión, lo que se vino haciendo desde los primeros pronunciamientos⁶⁶.

Las medidas cautelares han de adoptarse a través de una Decisión formal del art. 288 TFUE⁶⁷, sin embargo hasta 1999 parecía no quedar claro, pues el Tribunal de Primera Instancia tuvo que manifestarse sobre el particular, en un caso en que la Comisión no había dado ninguna respuesta formal a la solicitud de medidas cautelares. En realidad, podría matizarse esta afirmación, en el sentido que únicamente la imposición de medidas cautelares puede considerarse una «medida que produzca efectos jurídicos obligatorios que puedan afectar a los intereses de la parte demandante, modificando de forma caracterizada la situación jurídica de esta y, por ello, ha de constituirse en un acto o decisión que pueda ser objeto de un recurso de anulación, en el sentido del art. 173 del Tratado CE» (actualmente art. 230 CE, tras su modificación)⁶⁸.

Por el contrario, estrictamente hablando, la denegación de las mismas no produce efecto jurídico alguno sobre las partes ni modifica la situación jurídica de estas, por lo que, estrictamente, podría no ser objeto de una Decisión del art. 288 TFUE.

5. DÉFICIT REGULATORIO E INACTIVIDAD DE LA COMISIÓN

Desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, la Comisión no ha adoptado ninguna medida cautelar⁶⁹. El último Informe sobre Política de Competencia de la Comisión que contiene una mención sobre *interim measures* data de 2005. Posteriormente no existe mención alguna, lo que cons-

⁶⁴ *Camera Care*, par. 19: «En la adopción de las medidas cautelares la Comisión debe de mantener las garantías esenciales concedidas a las partes por el Reglamento 17/62, en especial por el art. 19».

⁶⁵ *Camera Care*, par. 19.

⁶⁶ C. BELLAMY y G. CHILD, *European Community Law of Competition*, 5.ª ed., London, Sweet & Maxwell, 2001, p. 923, citando al abogado general en el caso *Ford Werke*. Véanse, asimismo, los casos *British Sugar* o *Akzo*, entre otros.

⁶⁷ Así H. SCHRÖTER, T. JAKOB, R. KLOTZ y W. MEDERER (Hrsg), *Europäisches Wettbewerbsrecht. Grosskommentar*, 2 Auflage, Baden-Baden, Nomos, 2014, p. 1049.

⁶⁸ Véase la sentencia del asunto *GVA*, que cita a la del Tribunal de Justicia de 11 de noviembre de 1981, *IBM/Comisión*, 60/81, rec. p. 2639, apartado 9.

⁶⁹ Así lo afirma SCHRÖTER *et al.*, *op. cit.*, p. 1052, para quien la Comisión, en su papel de garante del interés general, está queriendo ceder protagonismo en esta materia a los Tribunales nacionales, que están mejor posicionados para defender intereses particulares.

tata una clara inactividad de la Comisión en los últimos años en relación con esta materia⁷⁰.

Las razones pueden hallarse, por un lado, en la progresiva mayor sofisticación de las prácticas, que hacen cada vez más difícil determinar la existencia de una *prima facie* en estadios tempranos de la investigación. Las prácticas claramente predatorias, que han suscitado tradicionalmente gran parte de las medidas cautelares ordenadas por la Comisión, han dejado paso a otras formas, siquiera más sibilinas, de abuso.

Por otro lado, debe asimismo señalarse el riesgo que podría suponer la imposición de medidas cautelares que se revelan, *a posteriori*, innecesarias o excesivas, cuando la parte ha sufrido unos daños que desea ver indemnizados.

Por una parte, la innecesariedad de las medidas que fueron impuestas puede venir determinada, bien porque la Autoridad Judicial (en este caso el TJUE) falle en contra de su imposición, cuando estas sean recurridas, o bien, porque sea la propia Comisión en su decisión final quien declare la inexistencia de infracción o archive el caso por falta de pruebas.

Y el riesgo consiste en la posibilidad de que la Comisión haya de hacer frente a una demanda de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados. El estado actual del Derecho de la competencia no permite dirimir con total certeza si este es un riesgo real o irreal, dado que ni existen precedentes ni existe una previsión legal europea correlativa al art. 728 de nuestra LEC, ya mencionado, que establece la obligación para el solicitante de las medidas cautelares de prestar caución que habrá de cubrir los eventuales daños causados por dicha medida cautelar. La complicación se agrava al no existir, formalmente, un solicitante sino meramente una actuación de oficio de la Comisión.

Sin embargo, no puede descartarse que, en la ya conocida auto-arrogación de un papel de cuasi-legislador, el TJUE derive esta posibilidad de los artículos del Tratado para paliar los daños eventualmente sufridos por un operador, derivados directamente de una decisión de la Comisión⁷¹. Sin embargo, no podemos focalizar el daño, únicamente, en la parte a la que se le imponen las medidas cautelares cuando estas se revelan excesivas, sino, y aunque de manera siquiera más forzada, también cabría apreciar un daño causado a quien las solicita infructuosamente, si tras ver negada la protección subyace finalmente a la práctica predatoria, por ejemplo⁷². Decimos

⁷⁰ «*The Commission has only rarely adopted a decision ordering interim relief*», I. VAN BAELE Y J.-F. BELLIS, *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, 2005, p. 1099.

⁷¹ Aunque ha habido intentos de exigir de la Comisión la reparación del daño causado por no acceder a la solicitud de medidas cautelares, no existe resolución condenatoria del Tribunal de Justicia. Véase, a este respecto, la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 13 de diciembre de 1999, asunto *SGA v. Comisión*, en la que se solicita, tras varias negativas de la Comisión, que se declare la omisión de la Comisión, obtener la anulación de una eventual decisión denegatoria de adoptar medidas provisionales y que se condene a la Comisión a reparar un perjuicio por su responsabilidad extracontractual calculado en 200.000 euros.

⁷² Véanse las alegaciones de la Comisión en el caso *Azko* [Decisión de 29 de julio de 1983, (83/462/EEC)], donde se señala el riesgo de que la empresa objeto de la práctica predatoria pueda ver-

que este último caso es de más difícil apreciación por no ser la finalidad de la Comisión la protección de intereses particulares. La propia Comisión, en 1980, señalaba que era posible exigir de la parte solicitante de las medidas cautelares, avales o garantías suficientes para cubrir una eventual indemnización del denunciado cuando finalmente no se haya producido una infracción⁷³.

6. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha pretendido plasmar el manifiesto déficit en justicia cautelar que presenta la aplicación del Derecho de la competencia, tanto en el ámbito nacional como europeo. Y si bien este déficit es apreciable en las dos esferas, tanto privada como pública, es en esta última donde se evidencia con mayor intensidad, sobre todo si se tiene en cuenta la relativamente reciente intervención de los órganos judiciales en esta sede.

Y aunque de las causas de este escaso activismo han sido ya apuntadas, y son en parte comprensibles, ello no puede llevar a la perpetuación de la situación, en aras de la mejora de la tutela judicial efectiva que incluye, en efecto, la justicia cautelar. Sobre todo, si se tienen en consideración las bondades intrínsecas a este modo tempestivo de actuación.

Así, la justicia cautelar, además de asegurar la eficacia de una futura decisión sancionadora, finalidad principal de las medidas cautelares ya tratada con anterioridad, puede tener importantes efectos secundarios, dado que la imposición de tales medidas es un elemento que permite *vislumbrar* la posición inicial de la autoridad de competencia. Y en este contexto, en el que las estrategias procesales son en ocasiones de extrema relevancia, no puede descartarse que estas medidas puedan revelarse como un sutil acicate que induzca al operador a una mayor predisposición para una terminación convencional de la investigación⁷⁴. Ello solo será posible, no obstante, cuando no se hayan producido efectos negativos irreversibles sobre la competencia efectiva, causando daños irrecuperables, que no pueden ser compensados por los compromisos, en cuyo caso la terminación convencional quedará descartada⁷⁵.

se obligada a cesar su actividad, desapareciendo así del mercado, par. 33. O la Decisión de 18 de julio de 1988, *British Sugar*, par. 84, en que se afirma que en el supuesto de que la Comisión no hubiese ordenado las medidas cautelares, el competidor hubiera sido expulsado del mercado irreversiblemente.

⁷³ *Interim measures-Statement of the Commission given to Camera Care and Hasselblad before the hearing on 20 February 1980 in Case IV/29.895.*

⁷⁴ En la Decisión de 21 de diciembre de 1993, caso *Sea Containers v. Stena Sealink*, en la que se enjuiciaba el abuso de dominio del operador de puertos, al negar acceso a un competidor en el tráfico de ferris, las medidas cautelares solicitadas por la parte quedaron sustituidas, *de facto*, por la oferta realizada por el operador de otorgar acceso en las mismas condiciones que a sus propios ferris, y que eran las que habían sido reiteradamente solicitadas por el demandante. En estas circunstancias, la Comisión entendió que no era necesario la imposición de medidas cautelares al haber desaparecido el riesgo de daño irreparable.

⁷⁵ Véase Comunicación sobre Terminación Convencional, par. 23 y art. 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia, según el cual los acuerdos han de resolver adecuadamente los efectos

Es evidente que la imposición de medidas cautelares no puede, ni debe, prejuzgar el resultado final de la investigación, y que, por otro lado, la empresa investigada acepte cumplir y lleve a cabo dichas medidas tampoco puede ser considerado como una asunción de responsabilidad⁷⁶. No obstante, que la autoridad decida imponerlas sí muestra un posicionamiento inicial frente a las conductas investigadas, que puede inducir a la proposición de acuerdos convencionales.

A ello ha de añadirse que, paradójicamente, la imposición de estas medidas puede incluso resultar beneficioso para el investigado, si, a la hora de imponer la sanción definitiva, se tiene en consideración el cumplimiento de las mismas para rebajarla. Este fue el caso, por ejemplo, en *British Sugar*, donde «el cumplimiento ejemplar del investigado desde la recepción de la orden cautelar» fue tenido en consideración a la hora de determinar la cuantía de la sanción, lo que pone al infractor en una situación manifiestamente más favorable que si no hubiese recibido dicha orden⁷⁷.

Es muy posible que con un cuerpo legislativo más exhaustivo, que ofreciese más garantías procesales y seguridad jurídica, la Comisión fuese más proclive a otorgar tutela cautelar. Asimismo, en España, donde existe una base legal más desarrollada, sería deseable impulsar y promover, especialmente de oficio, una mayor cultura cautelar que permitiera reducir los daños que, sobre el mercado y sobre el bienestar general, tienen las prácticas restrictivas de la competencia extendidas en el tiempo. Se abrirían, con ello, nuevas vías de actuación que es recomendable explorar en aras de una mejor y más efectiva aplicación del Derecho de la competencia.

sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y garantizar suficientemente el interés público.

Como reitera la Comunicación sobre Terminación Convencional, el objetivo que se persigue con esta figura es, en primer lugar, restituir las condiciones de competencia en el mercado puestas en peligro por las conductas restrictivas detectadas, con unos compromisos que además deben salvaguardar el bienestar de los consumidores y el interés público. Véase, al respecto, C. GUZMÁN ZAPATER y J. FORNELLS DE FRUTOS, «La terminación convencional en la Ley 15/2007 de Defensa de la competencia a la luz de la comunicación de la CNC sobre la materia», *Anuario de la competencia*, núm. 1, 2011-2012, pp. 13-53.

⁷⁶ Tal y como señala la Comisión en la Decisión de 18 de julio de 1988 (88/518/ECC), *British Sugar*, par. 10.

⁷⁷ Decisión *British Sugar*, par. 85.

LA TRANSPOSICIÓN DE LA *DIRECTIVA DE DAÑOS* DE 2014 Y LA INTERACCIÓN ENTRE APLICACIÓN PÚBLICA Y APLICACIÓN PRIVADA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA*

Diego CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ

Secretaría del Consejo. Asesoría Jurídica
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Después de diez años de sucesivas aproximaciones a una mayor implicación de la jurisdicción civil en la aplicación del derecho de la competencia, tanto de forma directa como a través de la potenciación de las reclamaciones de perjuicios causados por las infracciones *antitrust*¹, en noviembre de 2014 la Unión Europea promulgó la Directiva 2014/104/UE o *Directiva de daños*² (indistintamente, en lo sucesivo).

La nueva Directiva tiene como objetivo principal favorecer el ejercicio de las acciones de daños por los perjudicados y ser un paso definitivo en favor de una adecuada política de daños, reconocida en varias ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (UE)³ como un elemento clave de la aplicación del Derecho europeo de la Competencia.

Si bien el art. 23 de la Directiva 2014/104/UE estipula que su entrada en vigor a los veinte días de su publicación en el *Diario Oficial de la Unión Europea*⁴, el casi inmediatamente anterior art. 21 otorga un plazo de dos años (hasta el 27 de diciembre de 2016) para adoptar «las disposiciones

* Las opiniones vertidas en este artículo son estrictamente personales.

¹ Libro Verde de 2005 (Libro Verde sobre Reparaciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. Bruselas, 19 de diciembre de 2005, COM (2005) 672 final), Libro Blanco de 2008 (Libro Blanco sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia, Bruselas, 2 de abril de 2008 COM (2008) 165 final).

² Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea.

³ Sentencia de 20 de septiembre de 2001, *Courage* (asunto C-453/99, *Courage Ltd vs. Bernard Crehan*) y Sentencia de 13 de julio de 2006, *Manfredi* (asuntos acumulados C-295/04, C-296/04, C-297/04 y C-298/04, *Vicenzo Manfredi vs. Lloyd Adriatico Assicurazioni*).

⁴ Dicha publicación tuvo lugar el 5 de diciembre de 2014 (L 349/1).

legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva». El final del presente año 2015 actúa entonces como eje axial entre el pasado y el futuro dentro de este periodo de transposición, en un momento en el que aún no se han producido cambios normativos significativos pero el análisis de las reformas y modificaciones necesarias se extiende por todo tipo de foros y publicaciones⁵.

Las aproximaciones que pueden realizarse a la Directiva 2014/104/UE son múltiples dado que su alcance es muy diverso y no se circunscribe en exclusiva a la llamada aplicación privada de la normativa de competencia (o *private enforcement*). Por el contrario, los preceptos de la Directiva también inciden, bien sea directa o indirectamente, a la propia aplicación pública (*public enforcement*) ejecutada tradicionalmente por los organismos administrativos (o judiciales, en ocasiones) legalmente comisionados para ello por los distintos ordenamientos europeos.

El objetivo del presente artículo es realizar un examen de los elementos presentes en la *Directiva de daños* que guardan mayor relación con esta aplicación pública, con objeto de verificar la interacción que puede desarrollarse en el futuro entre ambos modelos de aplicación, una vez que la transposición de la Directiva 2014/104/UE se haya completado y sus preceptos hayan quedado integrados de forma permanente en el ordenamiento jurídico español y en los sistemas legales de los restantes estados miembros.

Como han puesto de manifiesto varios comentaristas la interacción entre la aplicación pública y privada del derecho de la competencia ha sido «el problema políticamente más difícil y jurídicamente más complejo en el desarrollo del Derecho de la UE sobre acciones de daños derivadas del derecho de la competencia»⁶. De hecho, aunque el texto final de la Directiva solo incida de forma directa en los problemas relacionados con la interacción entre aplicación pública y privada en tres de sus veinticuatro artículos (e indirectamente en algunos otros pocos preceptos), la interacción entre aplicación pública y privada impregna buena parte de las preocupaciones del legislador, como demuestran los veinticuatro considerandos de su preámbulo (de cincuenta y seis posibles) que abordan esta problemática, a través de extensas y, a veces, intrincadas explicaciones.

El propio considerando 6 de la Directiva 2014/104/UE explicita esta necesidad sentida por el legislador comunitario de alcanzar una adecuada interacción entre estos dos pilares de la aplicación de la política *antitrust* europea:

«(6) Para garantizar la efectividad de las acciones de los particulares en el marco de la aplicación privada con arreglo a las normas de Derecho civil y la efectividad de la aplicación pública por parte de las autoridades de la

⁵ A.-S. CHONÉ-GRIMALDI (coord.), Dossier «La transposition de la Directive 2014/104 relative aux actions en dommages et intérêts pour violation du droit des pratiques anticoncurrentielles», en *Concurrences. Revue des Droits de la Concurrence*, núm. 2-2015, pp. 11-37.

⁶ I. LIANOS, P. DAVIS y P. NEBBIA, *Damages Claims for the Infringement of EU Competition Law*, Oxford University Press, 2015, p. 6.

competencia, es preciso que ambos instrumentos interactúen para garantizar la máxima eficacia de las normas sobre competencia. Es necesario regular cómo se coordinan esas dos formas de aplicación de manera coherente, por ejemplo en relación con las condiciones de acceso a los documentos en poder de las autoridades de la competencia. Esta coordinación a nivel de la Unión también evitará la divergencia entre las normas aplicables, que podría poner en peligro el buen funcionamiento del mercado interior».

A la vista de dichos artículos y considerandos y, de acuerdo con la opinión más común entre los primeros comentaristas de la Directiva 2014/104/UE, los elementos presentes en el texto normativo comunitario que, en mayor medida, inciden en la interactuación pública y privada en busca de la eficacia y la coordinación pueden resumirse en cuatro. Estos elementos son, en primer lugar, el acceso al expediente administrativo (capítulo II de la Directiva, en especial los arts. 6 y 7); en segundo término y en íntima relación con el elemento anterior la protección de los programas de clemencia (los citados arts. 6 y 7, y también el art. 11); en tercer lugar, los efectos de las resoluciones de las autoridades públicas de competencia (art. 9); y, por último pero no menos relevante, la relación entre la indemnización de daños y la política de multas de las autoridades (arts. 3 y 18).

Como puede observarse buena parte de las anteriores previsiones presentes en la redacción final de la Directiva 2014/104/UE son continuación y reelaboración de las propuestas y reflexiones emanadas de la Comisión en sus anteriores documentos de trabajo (los citados Libro Verde y Libro Blanco de 2005 y 2008, respectivamente).

Si bien en los citados documentos la Comisión reservaba el término «interacción» para referirse a la necesaria complementariedad entre la aplicación privada y la indemnización de daños con los programas de clemencia, lo cierto es que el acceso a las pruebas y divulgación *inter partes* de las mismas o el efecto que debían tener para los tribunales civiles las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia fueron también aspectos analizados en aquellas primeras aproximaciones. La *Directiva de daños* aprobada en 2014 se conforma, por tanto, como una continuación y confirmación de los debates iniciados en la década anterior una vez cruzada la frontera de la negociación entre los estados miembros y el Parlamento europeo.

1. EL ACCESO AL EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO

La *Directiva de daños* contempla la exhibición de pruebas en los cuatro artículos que integran su capítulo II (art. 5-8), estableciendo las reglas básicas de dicha exhibición de medios de prueba en el primero de dichos preceptos. Las previsiones de este art. 5 tienen como premisa la dificultad que se ofrece a cualquier demandante de daños para acreditar una conducta anticompetitiva de la que ha sido víctima a partir de los medios de prueba propios, al carecer de las herramientas de investigación reservadas a las

autoridades públicas. Por ello la Directiva impone a los Estados miembros un deber de velar para que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan ordenar la exhibición de medios de prueba entre las partes, configurándola tanto como herramienta para fundamentar una reclamación como instrumento de defensa frente a la misma.

La Directiva 2014/104/UE establece mecanismos de control judicial frente a esta posibilidad, de forma que los tribunales puedan limitar la exhibición de medios de prueba según la proporcionalidad de la divulgación pretendida. Para ello los tribunales deberán tomar en consideración los intereses legítimos de todas las partes e, incluso, de terceros interesados, con especial atención a la existencia de información confidencial entre la documentación a exhibir y a la necesidad de evitar que esta se utilice de forma inadecuada (art. 5, apartados 3 y 4). Como se ha afirmado⁷ el art. 5 de la Directiva introduce «cuatro criterios distintos de ponderación —verosimilitud, pertinencia, proporcionalidad y contradicción— que [...] no parece que vayan a comportar, tras la transposición, una alteración sustancial de la disciplina probatoria» del proceso regulado en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

La exhibición requiere, en todo caso, que el demandante haya presentado todos los hechos y medios de prueba razonablemente a su alcance, siempre que estos muestren argumentos plausibles para sospechar que resultó perjudicado por una infracción de las normas de competencia por parte del demandado.

Para evitar la destrucción de pruebas pertinentes o la negativa a cumplir una orden de exhibición, el art. 8 de la Directiva —que cierra el mencionado capítulo II— ordena a los estados miembros que garanticen que los tribunales puedan imponer sanciones a las partes, a terceros y a sus representantes legales. Estas sanciones deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias y deben incluir como opción la posibilidad de extraer conclusiones adversas en los procedimientos civiles por daños y perjuicios, tales como presumir que la cuestión relevante ha quedado acreditada o desestimar reclamaciones y alegaciones total o parcialmente. Igualmente deben permitir al órgano judicial que debe imponer la sanción la posibilidad de condenar en costas.

No obstante, la Directiva no solo regula la exhibición de medios de prueba sino que también recoge una serie de límites claros a la misma en sus arts. 6 y 7. Estas restricciones se refieren específicamente a las pruebas contenidas en el expediente de una autoridad de competencia y se aplican tanto para la propia exhibición de pruebas presentes en el expediente (art. 6) como para el uso de pruebas obtenidas exclusivamente a través del acceso a dicho expediente (art. 7).

⁷ P. YANES YANES, «Confidencialidad y clemencia en la “Directiva de daños”: una aproximación», en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil. Libro Homenaje al Profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe, Universidad Carlos III de Madrid, 2015.

Para determinar los límites a la exhibición de pruebas incluidas en el expediente público de competencia el art. 6 de la Directiva 2014/104/UE utiliza tres «listas» o categorizaciones de documentos⁸:

- En primer lugar, una «lista negra» (art. 6.6 de la Directiva) en la que se incluyen aquellas categorías de medios de prueba sobre las que los órganos judiciales nunca puedan ordenar a una parte o a un tercero su exhibición en el proceso civil. La Directiva cataloga dentro de esta «lista negra» i) las declaraciones en el marco de un programa de clemencia; y ii) las solicitudes de transacción (o *settlements*)⁹.
- Una «lista gris» (art. 6.5 de la Directiva) en la que los Estados miembros deben garantizar que los tribunales nacionales únicamente pueden ordenar la exhibición de medios de prueba después de que la autoridad pública de competencia haya dado por concluido su procedimiento o adoptado una decisión sobre el mismo. Pertenecen a esta categoría i) la información que fue preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento de una autoridad de competencia; ii) la información que fue elaborada por una autoridad de competencia —y enviada a las partes— en el curso de su procedimiento; y iii) las solicitudes de transacción que se hayan retirado.
- Por último, respecto al resto de los documentos que se encuentren en el expediente de una autoridad de competencia y que no estén incluidos en ninguna de las dos categorías anteriores los órganos jurisdiccionales pueden ordenar su exhibición en todo momento. Esta es la denominada «lista blanca» que establece el apartado 9 del art. 6 de la Directiva.

En su art. 7 la Directiva repite la anterior clasificación para establecer límites al uso de medios de prueba obtenidos exclusivamente a través del acceso al expediente de una autoridad de competencia. En este caso la parte que pretende la inclusión de los documentos en el procedimiento de daños no busca que el órgano jurisdiccional ordene la exhibición de unos documentos incluidos en el procedimiento público de competencia. Se trata del supuesto en el que dicha parte aporta dichos documentos por sí misma al proceso civil, tras haber accedido a los mismos en el procedimiento administrativo público, habitualmente a través del ejercicio de sus derechos de defensa.

En tales casos la Directiva prevé que los documentos incluidos en la denominada «lista negra» (declaraciones en el marco de un programa de clemencia y solicitudes de transacción, según establece el art. 6.6) que hayan

⁸ F. MAZZOCCHI, «The European Commission's Measures on Actions for Damages Caused by Infringements of the Competition Law Provisions», en *Greenberg Traurig. Antitrust Quarterly*, Summer 2013.

⁹ Las solicitudes de transacción o *settlements* se encuentran reguladas, a escala comunitaria, en la Comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo en casos de cártel (2008/C 167/01).

sido obtenidos exclusivamente a través del acceso al expediente público en ejercicio del derecho de defensa no sean admisibles en el proceso civil.

Paralelamente los documentos incluidos en la «lista gris» (información preparada por una persona física o jurídica específicamente para un procedimiento público de competencia; información elaborada por una autoridad de competencia en el curso de su procedimiento; y también las solicitudes de transacción retiradas) que hayan sido obtenidos igualmente a través del acceso al expediente público en ejercicio del derecho de defensa, solo serán admisibles cuando la autoridad pública de competencia haya dado por concluido su procedimiento o adoptado una decisión sobre el mismo.

Por último, los documentos de la llamada «lista blanca» serán admisibles pero solo cuando sean utilizados por la persona física o jurídica que los obtuvo en el procedimiento público de competencia en ejercicio de su derecho de defensa «o por la persona física o jurídica que sea sucesora de sus derechos, incluida la persona que adquiriese su reclamación».

La aparente «sencillez» teórica de las reglas expuestas no debe llevar a equívocos de la dificultad de su puesta en práctica. La importancia otorgada por el legislador comunitario al acceso al expediente de las autoridades de competencia y la complejidad de las negociaciones para integrar estas disposiciones en la Directiva puede juzgarse por el número y extensión de los considerandos que tratan de explicar y delimitar los artículos anteriores. En el preámbulo de la *Directiva de daños* un total de catorce considerandos (20-33) versan sobre el acceso a los expedientes de las autoridades de competencia, incluida la Comisión Europea. A estos deben añadirse otros cuatro considerandos relativos a las reglas básicas de exhibición de pruebas reguladas en el art. 5 de la Directiva.

Numerosos comentaristas han considerado que las reglas generales establecidas en la Directiva (art. 6) no suponen un cambio radical respecto al modelo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil vigente en España, que ya prevé herramientas para lograr la exhibición de pruebas en manos de la otra parte o de un tercero¹⁰. Otros, por el contrario, no descartan la necesidad de acometer una reforma en profundidad de las normas relativas a la prueba en dicho cuerpo legal. En todo caso, los comentaristas advierten que las peticiones de acceso al expediente de competencia se incrementarán con toda probabilidad y, por ello, recomiendan que las autoridades españolas adopten una ordenación del expediente que prevea de antemano la posible ejecución de estas solicitudes, con una clasificación que se adapte a tres listas o categorías de documentos esbozados en la Directiva.

Con todo, el acceso a los documentos integrados en los expedientes de competencia en los términos previstos en la Directiva, debe cohonestarse igualmente con la regulación prevista en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, que

¹⁰ P. HITCHINGS, L. LORAS, y M. Á. MALO, «Considerations concerning the implementation of the EU Competition Law Damages Directive in Spain», en *Concurrences*, núm. 2-2015, p. 26.

establece provisiones especiales y parece que aconseja acudir a la solicitud judicial de documentación. Pero, sin duda el elemento más relevante de este acceso será la protección que brinde, basándose en los arts. 6 y 7 de la Directiva, para los documentos de las llamadas listas «negra» y «gris» relacionados con los programas de clemencia y asimilados, que se examina a continuación.

2. LA PROTECCIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA

El acceso al expediente administrativo por parte de un demandante de daños y perjuicios por causa de una infracción de competencia que acaba de analizarse incide de lleno en, quizás, el mayor problema al que debe enfrentarse la interacción entre las aplicaciones pública y privada del derecho europeo de la competencia: el tratamiento de los beneficiarios de los programas de clemencia frente a las reclamaciones de daños.

La importancia de los programas de clemencia (o exención y reducción de la sanción, en la terminología empleada por los arts. 65 y 66 de la LDC de 2007) en la moderna política de competencia europea no puede esconderse para nadie, especialmente en lo relativo al descubrimiento y desmantelamiento de los cárteles como infracción más grave de las contempladas en la normativa *antitrust*. La aprobación del primer programa de clemencia por la Comisión Europea en 1996 abrió las puertas a la modernización del Derecho europeo de la competencia que culminó en el Reglamento CE 1/2003¹¹, centrada en la detección de las conductas más perniciosas y la autoevaluación de las empresas, abandonando concepciones burocráticas relacionadas con autorizaciones y notificaciones de conductas que raramente constituían una amenaza grave para la competencia en el mercado ni una preocupación para los competidores.

A pesar de la importancia de los programas de clemencia se encuentra bien asentada la opinión que defiende que estas políticas de *leniency* pueden exonerar (o reducen) a su beneficiario de la carga de la sanción administrativa pero no pueden, a riesgo de contravenir el derecho al resarcimiento pleno reconocido por el Tribunal de Justicia, eliminar la responsabilidad del beneficiario de la clemencia respecto a los daños provocados por su conducta anticompetitiva.

La política de defensa de la competencia se enfrenta de este modo a una aporía difícil de solventar: debe fomentar las reclamaciones de daños y perjuicios y permitir el pleno resarcimiento de las víctimas de las infracciones sin que esta indemnización perjudique a los programas de clemencia, la herramienta más efectiva para la detección e investigación de los ilícitos (cárteles y similares) que podían dar lugar posteriormente a las citadas reclamaciones de daños. Solo una adecuada regulación que permi-

¹¹ Reglamento CE núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado.

ta la protección de los programas de clemencia de forma que continúen siendo suficientemente atractivos para los integrantes de los cárteles puede dar respuesta a la paradoja apuntada. La Directiva 2014/104/UE intenta encontrar esta solución o punto de equilibrio entre ambas vertientes de la política *antitrust*.

Resulta razonable pensar que una de las causas del relanzamiento definitivo de un instrumento normativo comunitario frente a las reclamaciones de daños y perjuicios que culminó en la presente *Directiva de daños* fue la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia entre 2011 y 2015¹² en torno al acceso por los particulares a los documentos de los expedientes administrativos de competencia¹³.

A través de las sentencias *Pfleiderer*, *Donau Chemie*, y sucesivas el Tribunal de Justicia desplegó una visión en principio favorable al acceso a los documentos integrados en un expediente público de competencia por parte de los demandantes de daños y perjuicios, dada la ausencia de una normativa comunitaria específica sobre estos supuestos. La Red Europea de Competencia (ECN), integrada por la Comisión y las autoridades nacionales de los estados miembros, reaccionó en mayo de 2012 a través de su documento «*Protection of leniency material in the context of civil damages*», expresando su preocupación respecto a la nueva doctrina judicial. No obstante, resultaba evidente que una protección adecuada de los programas de clemencia y de sus solicitantes requería mayor nitidez en la normativa protectora. La *Directiva de daños*, en diferentes artículos, pretende otorgar y reforzar dicha protección.

La Directiva 2014/104/UE subraya esta protección a través de dos medios. Por un lado la protección de los documentos más íntimamente ligados a la clemencia en sus arts. 6 y 7, antes examinados. Por otro, a través de la ruptura de la norma relativa a la responsabilidad conjunta y solidaria entre los participantes de una infracción de competencia de cara a la indemnización de daños, prevista en el art. 11 de la Directiva.

Ambas normas pretenden que, como anuncia el considerando 26 de la Directiva (aunque en principio dirigido específicamente a las previsiones de los arts. 6 y 7) las empresas cooperantes y su personal directivo no se vean expuestas al absurdo de afrontar una responsabilidad civil mayor y más arriesgada que la de aquellas empresas que no cooperan con las autoridades de competencia.

¹² Sentencias *Pfleiderer* (de 14 de junio de 2011; caso C-360/09, *Pfleiderer AG vs. Bundeskartellamt*); *Donau Chemie* (de 6 de junio de 2013; caso 536/11, *Bundeswettbewerbshörde vs Donau Chemie AG y otros*); *Hydrogene Peroxide* (de 21 de mayo de 2015; caso C-352/13 *Cártel Damage Claims (CDC) Hydrogen Peroxide SA vs. Akzo Nobel NV, Solvay SA/NV, Kemira Oyj, FMC Foret, S.A.*); y *Energie Baden* (de 27 de febrero de 2014, caso C-365/12 *P Comisión Europea contra EnBW Energie Baden-Württemberg AG*).

¹³ Entre otros F. WAGNER-VON PAPP, «Implementation of the damages Directive in England and Wales», en *Concurrences*, núm. 2-2015, p. 29, y A. L. CALVO CARAVACA y J. SUDEROW, «El Efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades nacionales de competencia en la aplicación privada del derecho antitrust», *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre de 2015), vol. 7, núm. 2.

Examinadas anteriormente las principales características del sistema de protección de documentos de clemencia previsto en los arts. 6 y 7 de la Directiva, resulta conveniente analizar también su extensión a los denominados «procedimientos de transacción» o *settlements* que, como se ha advertido, corresponden a los procedimientos especiales de acuerdo entre la Comisión Europea y el infractor de la norma de competencia para ponderar el nivel de la multa a imponer a cambio del reconocimiento de su participación en la infracción.

Es importante destacar que estos procedimientos de transacción o *settlements* no deben ser confundidos¹⁴ con los acuerdos de compromisos o *commitments*, previstos en el art. 9 del Reglamento UE 1/2003 y que tienen su correlación en los acuerdos de terminación convencional previstos en la normativa española de competencia¹⁵. Al contrario que los *settlements*, las decisiones de compromisos (o los citados acuerdos de terminación convencional de la normativa española), no suponen reconocimiento alguno de infracción por parte del solicitante, que se limita a proponer algunos compromisos a la autoridad de competencia para solventar los problemas de competencia detectados durante la investigación. En caso de que el expediente de competencia alcance esta solución convencional la resolución administrativa no incluirá declaración alguna de infracción —ni tampoco de responsabilidad— ni habrá imposición de multa o sanción¹⁶. Por el contrario, en los acuerdos de transacción citados en el art. 6 de la Directiva, la resolución administrativa declara una infracción de competencia (que ha sido reconocida por la empresa) y se impone una multa reducida consensuada con la entidad solicitante de la terminación convencional.

A la vista de estas muy apreciables diferencias se comprende la *Directiva de daños* incluya las declaraciones efectuadas en un procedimiento de transacción entre las protegidas por los arts. 6.6 y 7.1 en su «lista negra» y no mencione o contemple siquiera las decisiones de compromisos o *commitments* del art. 9 del Reglamento 1/2003 (o similares). Esta diferencia de tratamiento no se debe tan solo al número más elevado de procedimientos de transacción que son tramitados por la Comisión Europea frente a las escasas decisiones de compromisos. La razón fundamental estriba en la muy distinta naturaleza jurídica de una y otra institución, con implicaciones completamente divergentes. Mientras que los procedimientos de transacción contribuyen junto a los programas de clemencia a la «detección, la persecución eficiente y la imposición de sanciones a las infracciones más graves del Derecho de la competencia», en palabras del considerando 26 de la Directiva, los procedimientos de terminación convencional o decisiones de compromisos no detectan pero tampoco sancionan infracciones sino que se limitan a resolver determinados problemas de competencia de los que ha

¹⁴ P. YANES YANES, *op. cit.*, p. 1149.

¹⁵ Art. 52 de la LDC de 2007 y 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC), aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

¹⁶ Véase la Comunicación de la antigua CNC sobre terminación convencional de expedientes sancionadores, aprobada en septiembre de 2011.

tenido conocimiento la autoridad, sin que exista declaración de infracción ni reconocimiento de responsabilidad por parte de empresa alguna.

La ausencia en el ordenamiento jurídico español de un procedimiento similar al previsto en la normativa comunitaria para alcanzar los acuerdos de transacción o *settlements*¹⁷, no es óbice para que la transposición de la Directiva 2014/104/UE al ordenamiento jurídico español deba contemplar esta figura. La causa no es otra que la posible tramitación ante un tribunal español de una reclamación de daños y perjuicios basado en un procedimiento de transacción comunitario (o en el procedimiento equivalente de otra autoridad europea que haya adoptado un procedimiento similar). Pero mientras no hay una modificación legislativa en la normativa española de competencia, las declaraciones protegidas en el expediente administrativo español serán exclusivamente las relacionadas con los programas de clemencia, al no existir un procedimiento de *settlements* en la LDC.

Pasando a examinar el segundo elemento de protección de los beneficiarios de clemencia presente en el articulado de la Directiva, previsto en el art. 11, debe recordarse que este precepto prevé una responsabilidad conjunta y solidaria de todas las empresas que hayan infringido la normativa de competencia de forma conjunta. Esta previsión es particularmente relevante para los acuerdos ilícitos de cooperación horizontal y, en especial, los que adopten la forma de cártel, en los que, según ese mismo art. 11, cada una de las empresas podría quedar obligada a indemnizar en su totalidad el perjuicio causado por todas las participantes en la infracción.

Se trata de una previsión favorable para los perjudicados por la infracción de competencia que pueden limitar y dirigir su reclamación al integrante del cártel que sea de mayor conveniencia a sus intereses, y muy perjudicial para los infractores que deben valorar al ejecutar su actividad ilícita la posible agrupación en su contra de múltiples demandas de daños, incluidos los provocados por otros integrantes de la infracción.

La *Directiva de daños* prevé dos excepciones a esta regla de la responsabilidad conjunta y solidaria de los infractores. Una referida a las pequeñas o medianas empresas (PYME) regulada en los apartados 2 y 3 de dicho art. 11. Y la segunda, prevista para los beneficiarios de clemencia, que recoge el apartado 4 del mismo artículo, y limita la responsabilidad conjunta y solidaria del mismos, primero, a sus compradores (o proveedores en casos de cárteles de compra o similares) directos e indirectos y, segundo, ante otras partes perjudicadas, pero solo cuando no puedan obtener el pleno resarcimiento de las demás empresas implicadas en la infracción.

¹⁷ Salvo la curiosa experiencia realizada por el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia en el expediente Hiru (Resolución del TVDC, de 20 de mayo de 2009, Expte. 01/2009) en la que el organismo autonómico alcanzó un acuerdo con la empresa infractora y aceptó los compromisos ofrecidos pero la sancionó con un multa de 25.000 €, al considerarla responsable de la adopción de una recomendación de aumento de precios dirigida a sus asociados. Véase F. DÍEZ ESTELLA, «La terminación convencional en el Derecho de la competencia, ¿una solución adecuada a un Procedimiento sancionador?», *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, núm. 95, mayo-septiembre 2015, ISSN: 1889-7045, p. 30.

De esta forma los beneficiarios de clemencia ven limitado su deber de indemnización a los daños propios, sin tener que responder de los causados por el resto de los participantes del acuerdo colusorio descubierto gracias a su colaboración con las autoridades de competencia, salvo en el caso de que la responsabilidad del resto de los integrantes no pueda ser compensada por todos ellos.

Esta regla de ruptura de la solidaridad deviene esencial no solo por la cuantía total que podría tener que afrontar el beneficiario de exención en su ausencia sino, también, para evitar convertir al beneficiario de la clemencia en la principal pieza a abatir en las reclamaciones. Al ser, con casi completa seguridad, el beneficiario de clemencia el integrante de la infracción para el que la resolución administrativa antes adquirirá firmeza (al no ser probable la interposición de recurso contencioso-administrativo contra una resolución que le declara culpable de una infracción pero a la vez exento de sanción) podría convertirse en el objetivo primordial de las reclamaciones, facilitadas también por su reconocimiento de los hechos y la culpabilidad. Por el contrario, para el resto de los integrantes de la infracción sancionada, el habitual recurso contencioso servirá para combatir su responsabilidad hasta el último extremo posible, alejando la firmeza de la resolución administrativa y el atractivo de atacar su posición desde la reclamación de daños.

Es necesario igualmente destacar que frente a la protección ofrecida por los arts. 6 y 7 de la Directiva que se extiende tanto a beneficiarios de los programas de clemencia y de los procedimientos de transacción, la limitación a la responsabilidad conjunta y solidaria prevista en el art. 11.4 no alcanza a los participantes en un acuerdo de transacción, queriendo destacar el legislador comunitario la importancia de los programas de *leniency* como figura esencial para la primera detección de los cárteles.

A pesar de las precauciones previstas en la Directiva, la reclamación de daños y perjuicios puede restar cierto atractivo a los programas de clemencia, obligando a las autoridades de competencia a idear nuevos métodos para potenciar su atractivo. Un mayor uso de las sanciones personales a directivos de empresa, previsto en el art. 63.2 de la LDC de 2007, podría ser una opción, al poder quedar también protegidos de estas sanciones los directivos integrados en la entidad solicitante de clemencia. Igualmente cabría explorar las posibilidades que ofrecen instrumentos previstos en normas de reciente publicación, como la prohibición de contratar integrada en el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público¹⁸, por la reciente Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (Disposición Final Novena). Las posibilidades abiertas por la nueva norma a la interacción entre la autoridad de competencia, Junta Consultiva

¹⁸ Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público. El antecedente más inmediato del nuevo precepto lo constituye el art. 20, letra *d*), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas que consideraba causa de prohibición de contratar con la Administración la circunstancia de «haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de disciplina de mercado [...]».

de Contratación Administrativa y el Ministerio de Hacienda respecto a las medidas a adoptar podrían dotar a esta medida de especial valor.

3. LOS EFECTOS DE LAS RESOLUCIONES DE LAS AUTORIDADES PÚBLICAS DE COMPETENCIA EN EL PROCEDIMIENTO CIVIL

Otro de los aspectos relacionados con la interacción entre aplicación privada y aplicación pública de la normativa de competencia que ha suscitado mayores comentarios entre la doctrina¹⁹ es el tratamiento que debe otorgarse en los procedimientos civiles a los asuntos ya resueltos por las autoridades administrativas. En principio, la duplicidad de procedimientos sobre un mismo caso (ya sean sucesivos o, incluso, paralelos) y la independencia judicial posibilitaría la emisión de resoluciones contrarias por parte de los distintos órganos, judiciales o administrativos, llamados a aplicar la norma, que podrían llegar a declarar simultánea o sucesivamente la existencia e inexistencia de infracción, por ejemplo.

El Reglamento CE 1/2003, que abrió la aplicación completa de la normativa de competencia comunitaria a los jueces civiles, resolvió esta cuestión respecto de las decisiones dictadas por la Comisión Europea en aplicación de los arts. 101 o 102 del Tratado. Para ello instituyó en el art. 16 del citado Reglamento un deber de respetar dichas decisiones que vincula a todas las autoridades administrativas o judiciales de los estados miembros que aplicasen las normas de competencia del Tratado. Para la redacción de dicho artículo, el legislador comunitario tomó como referencia la doctrina emanada de la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE en el caso *Masterfood*²⁰. No obstante el propio art. 16 del Reglamento recuerda también que el juez nacional, en caso de discrepancia con la decisión comunitaria, puede acogerse a la cuestión prejudicial prevista en el art. 234 del Tratado para que el propio Tribunal de Justicia de la UE pueda pronunciarse sobre el caso a resolver.

Otros ordenamientos fueron incluso más audaces que el comunitario y garantizaron la vinculación de sus tribunales civiles en los procedimientos de aplicación de las normas de competencia a las decisiones adoptadas sobre el caso por cualquier autoridad administrativa de un estado miembro de la Unión. Este fue el caso de la República Federal de Alemania que en el art. 33.4 de su Ley contra las restricciones a la competencia (GWB) determinó la vinculación de los tribunales alemanes a las decisiones adoptadas por la Comisión Europea o por cualquier autoridad nacional de la competencia de la Unión²¹. Como en el caso del art. 16 del Reglamento CE 1/2003, la normativa alemana también contiene una referencia directa a la posibilidad

¹⁹ Entre otros, pueden consultarse A. L. CALVO CARAVACA, y J. SUDEROW, *op. cit.*

²⁰ Sentencia de 14 de diciembre de 2000, asunto C-344/98, *Masterfoods Ltd y HB Ice Cream Ltd.*

²¹ F. BIEN, «La transposition de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit de la concurrence en droit allemand», en *Concurrences*, núm. 2-2015, p. 14.

del juez alemán de acudir al planteamiento de la cuestión prejudicial prevista en el art. 267 del Tratado, en el caso de que la decisión administrativa que debe respetar le plantee dudas respecto a su adecuación o corrección en la interpretación del Derecho europeo de competencia.

Como es sabido, los borradores iniciales de la *Directiva de daños* pretendieron extender el sistema alemán a todas las legislaciones europeas. Siguiendo el ejemplo marcado por el art. 16 del Reglamento CE 1/2003 para las decisiones de la Comisión, la Propuesta de Directiva presentada en junio de 2013 preveía en su art. 9 que las resoluciones firmes de infracción adoptadas por las autoridades nacionales de competencia (o por un órgano jurisdiccional nacional de revisión) tuvieran pleno efecto probatorio en demandas posteriores por daños y perjuicios. Según señalaba la Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva «Si ya se ha adoptado una resolución de infracción y ha adquirido carácter firme, la posibilidad de que la empresa infractora volviese a plantear las mismas cuestiones en posteriores reclamaciones por daños sería ineficiente, generaría inseguridad jurídica y daría lugar a costes innecesarios para todas las partes implicadas y el poder judicial»²².

Sin embargo, durante las negociaciones en el seno del Consejo, el objetivo inicial plasmado en el texto de la Propuesta no contó con el apoyo suficiente de los estados miembros²³ y se adoptó finalmente una solución de compromiso, plasmada en el actual art. 9 de la Directiva 2014/104/UE que limita la vinculación para los tribunales de cada estado miembro a las resoluciones adoptadas por su propia autoridad de competencia mientras que las resoluciones administrativas extranjeras gozan tan solo de la condición de presunción *iuris tantum*.

El efecto vinculante de las resoluciones de las autoridades de competencia supone una relativa novedad en el ordenamiento español ya que el problema se ha planteado en diversas ocasiones durante la vigencia de las distintas leyes de defensa de la competencia que se han ido sucediendo. Analizando estos casos puede decirse que la consideración por los tribunales civiles de la actuación de las sucesivas autoridades administrativas encargadas de su aplicación y de sus resoluciones sancionadoras ha quedado determinada en muchos casos según el tipo de demanda presentada ante la jurisdicción civil (aunque no siempre) y por la autoridad administrativa de la que emanaba la resolución.

Entre los años 1989 y 2007, en los que la aplicación de la entonces vigente Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia correspondía conjuntamente a los antiguos Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia, resultaba frecuente que las resoluciones judiciales se declaraban por

²² En contra de este efecto vinculante, bajo la forma anunciada en el Libro Blanco de 2008, por considerarla una reinstauración del sistema prevista en la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, véase A. ARRIBAS HERNÁNDEZ, «La aplicación privada del Derecho de la Competencia. Prueba. Medios admisibles, acceso a pruebas obtenidas en procedimientos administrativos, confidencialidad», en *La aplicación privada del derecho de la competencia* (VELASCO SAN PEDRO, ALONSO, ECHEBARRÍA, HERRERO y GUTIÉRREZ GILSANZ, dirs.), Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 169-181, esp. p. 177.

²³ F. WAGNER-VON PAPP, *op. cit.*, p. 32.

completo ajenas a cualquier vinculación respecto de la decisión adoptada por la autoridad de competencia. En dichas sentencias los tribunales civiles solían descartar cualquier vinculación con la resolución administrativa previa resaltando la ausencia de naturaleza jurisdiccional del órgano del que emanaban, pero también la clara distinción entre el orden jurisdiccional que analizaba las reclamaciones civiles de daños y el que revisaba las resoluciones de la autoridad administrativa de competencia. La falta de vinculación se expresaba en ocasiones en términos contundentes:

«El “mal” denominado “Tribunal” de Defensa de la Competencia no pasa de ser un mero órgano administrativo cuyas decisiones quedan sometidas al posterior control jurisdiccional a través de un “bien” denominado “Tribunal” de Justicia. Luego, si las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia pueden ser confirmadas o revocadas por los Tribunales de Justicia, sería un contrasentido que los Tribunales de Justicia, fueran a estar vinculados por las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia. En cuanto a la Audiencia Nacional, este si es un Tribunal de Justicia, carece de competencia en el orden jurisdiccional civil (tan solo la tiene en el penal y contencioso-administrativo), por lo que sus decisiones no pueden ser vinculantes para la resolución de un pleito planteado en el orden jurisdiccional civil, como es el presente»²⁴.

Es presumible que el predominio de pleitos entre estaciones de servicio y compañías distribuidoras de combustible (y la problemática específica de su planteamiento y prueba²⁵) en las acciones de daños presentadas ante los tribunales civiles entre los años 1989 y 2007 fuera una de las razones que provocaron que la respuesta más habitual por parte del juez civil fuera esta desvinculación respecto de cualquier resolución administrativa previa invocada por las estaciones de servicio demandantes. Como han señalado diversos autores la litigiosidad entre estaciones de servicio y operadores de combustible en España llegó a suponer el 49 por 100 de los casos de aplicación privada del Derecho de la competencia en España de 1999 a 2012²⁶, alcanzando niveles de saga²⁷ o problemática sin fin²⁸. Como se ha detallado en otros estudios sobre la aplicación privada del Derecho de la competencia²⁹

²⁴ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 21), de 5 de julio de 2005 (Sentencia 0368/2005).

²⁵ D. CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ, «La prueba de conductas anticompetitivas en la aplicación privada del Derecho Antitrust. La Propuesta de Directiva de Daños y la experiencia en los tribunales españoles», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, diciembre de 2013.

²⁶ Véase F. MARCOS FERNÁNDEZ, «Competition Law Private Litigation in the Spanish Courts (1999-2012)», *Working Paper IE Law School AJ8-202*, Fundación Instituto de Empresa, S. L. - IE Business School, p. 16.

²⁷ Véase D. ORDÓÑEZ SOLÍS, «La reclamación ante los tribunales españoles de los daños sufridos en violación del Derecho europeo de la competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 19, 2011, pp. 11-28.

²⁸ Véase J. MARTÍNEZ ROSADO, «Distribución de carburantes a través de estaciones de servicio y Derecho de la competencia: ¿Una problemática sin fin o el fin de una problemática?», *RCD*, núm. 5, 2009, pp. 153-188; y E. DE FÉLIX PARRONDO, «Problemática de la fijación de precios en los contratos entre operadores petrolíferos y estaciones de servicio», *RCD*, núm. 4, 2009, pp. 197-209.

²⁹ Véase M. ÁLVAREZ SAN JOSÉ y L. PÉREZ SOSA, «La experiencia en la aplicación privada desde la aprobación de la Ley de Defensa de la Competencia», *Anuario de La Competencia 2011-2012*, pp. 193-22.

«en la inmensa mayoría de los casos se trata de demandas interpuestas por el gestor de la estación de servicio en la que se pretende que sea declarada la nulidad de los contratos que le ligan a la operadora petrolífera, por conformar una relación jurídica compleja que contraviene normas imperativas», entre ellas la fijación del precio de venta al público de los productos comercializados, la duración de los contratos de exclusiva, etc. Resultaba habitual que la demanda fuera acompañada de la correspondiente reclamación de daños y perjuicios pero, según apuntan los estudios realizados, tanto una como otra eran desestimadas en un 80 por 100 de los casos³⁰.

Con la entrada en vigor de la Ley 15/2007 los tribunales siguieron repudiando cualquier vinculación respecto de la decisiones administrativas invocadas por las reclamaciones de las estaciones de servicio, si bien ahora las resoluciones de los organismos públicos de competencia solían calificarse como «la muy respetable interpretación que efectúa la CNC»³¹. En estos casos los tribunales podían reconocer la racionalidad de los argumentos expuestos por la autoridad de competencia en sus resoluciones pero destacaban los distintos campos de aplicación que tenían la actividad judicial y administrativa: una encaminada a resolver conflictos civiles concretos entre particulares mientras que el órgano administrativo debía velar por el interés público, realizando una valoración global de todos los operadores del sector afectado que resultaba ajena al órgano judicial.

En dichas sentencias no eran extrañas las referencias de las distintas instancias judiciales a resoluciones específicas del órgano administrativo de competencia, como la conocida Resolución de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) de 30 de julio de 2009 (Expediente 652/08, Repsol/Cepsa/BP), citada frecuentemente como apoyo por la estación de servicio demandante³². En esas referencias a la resolución administrativa, el órgano judicial indicaba que no cabía extrapolar directamente la Resolución de la CNC citada al caso enjuiciado porque en dicha Resolución «se valora la situación desde una perspectiva general, contemplando una pluralidad de operadoras que utilizan, cada una de ellas, contratos de diversos tipos y con clausulados no siempre coincidentes, y se llega a una conclusión en la que pesa un criterio presuntivo, sustentado en que haya constatado un elevado seguimiento de los precios máximos en el sector de la distribución de combustibles y carburantes por parte de las estaciones de servicio. Cuando de lo que se trata es de decidir sobre la validez de un contrato concreto, es precisa una proyección individualizada del problema y la demostración,

³⁰ Véase F. MARCOS FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 16.

³¹ Véase, por todas, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28), de 4 de octubre de 2010 (p. 33), recogida posteriormente por otras similares.

³² En la Resolución de 30 de julio de 2009 (Expte. 652/08, Repsol/Cepsa/BP), la CNC sancionó el sistema contractual de abanderamiento y suministro seguido por varios operadores con las estaciones de servicio de sus respectivas redes, al considerar que dicho sistema debilitaba la competencia en precios entre ellos y entre las estaciones de servicio en el segmento minorista. El Consejo de la CNC consideró acreditado que dichas operadoras habían incurrido en una infracción de los arts. 1 LDC y 81.1 del TCE al haber fijado indirectamente el precio de venta al público en las estaciones de servicio gestionadas por empresarios independientes que asumen riesgos no insignificantes en su actividad.

de forma suficiente y en el caso específico, de que median clausulados o prácticas perfectamente identificados que resulten inadmisibles y que, por tanto, justifiquen la drástica decisión de declarar la nulidad de un contrato por la pretendida infracción del art. 81 del Tratado CE»³³.

Como puede observarse, en sentencias desestimatorias como la apuntada, frente a las alegaciones de las estaciones de servicio actoras que desconsan en determinadas diligencias de comprobación practicadas en los expedientes resueltos por el TDC y el Consejo de la CNC (en especial, la citada Resolución de la CNC de 30 de julio de 2009), los tribunales civiles subrayaban que no era posible trasladar directamente al caso enjuiciado ante la jurisdicción civil las valoraciones de carácter general incluidas en el expediente ante la autoridad de la competencia en el que lo que se trataba de determinar era si la actividad empresarial global de un determinado operador se adecuaba a las exigencias impuestas por el Derecho de la competencia: «el objeto específico de este tipo de litigios no es el mismo que el de las actuaciones administrativas practicadas en relación a la red de los operadores petrolíferos, que cumplen otra finalidad»³⁴. Este criterio seguía los razonamientos expuestos por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 15 de abril de 2009 y 11 de mayo de 2011, que distinguieron entre protección del orden público económico y tutela del interés privado como objetivos diferenciados de las autoridades de defensa de la competencia y la jurisdicción civil.

No obstante durante dichos años, en ocasiones y en ámbitos distintos a la problemática entre estaciones de servicio y operadoras petrolíferas, si bien se ratificaba la no vinculación de los tribunales civiles respecto de la resolución administrativa, la valoración de los hechos efectuada por la CNC como órgano administrativo especializado era expresamente reconocida en distintas sentencias de Audiencias Provinciales. Así, en un procedimiento de reclamación de daños y perjuicios, en este caso posterior a una resolución de la CNC determinando la existencia de un abuso de posición de dominio en el ámbito de la distribución de energía, la Audiencia Provincial de Barcelona de 19 de abril de 2012 señaló: «coincidimos con la resolución recurrida en lo relativo a la valoración que atribuye a las resoluciones dictadas por la Comisión Nacional de la Competencia en los procedimientos de infracción que haya seguido. La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, no establece vinculación alguna para los juzgados de lo mercantil competentes para conocer de las acciones establecidas en los arts. 1 y 2 de la Ley respecto de las resoluciones que previamente hayan podido adoptar las autoridades administrativas competentes para enjuiciar esas mismas conductas infractoras, lo que debe entenderse extendido a las ulteriores resoluciones revisoras de aquellas resoluciones dictadas por los órganos de la jurisdicción contenciosa. Ello no significa que no le concedamos valor alguno. Todo lo contrario, *pues si bien estimamos que jurí-*

³³ A título de ejemplo, véase la Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Madrid, de 16 de abril de 2012.

³⁴ Sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Madrid, de 16 de abril de 2012.

*dicamente no nos vinculan, le reconocemos un alto valor, atendido que proceden de órganos administrativos muy especializados y cuyos criterios gozan de una gran autoridad»*³⁵.

Incluso el Tribunal Supremo, en sentencias referidas a pleitos entre operadoras petrolíferas y estaciones de servicio, aceptó ciertas determinaciones de hechos efectuadas por la citada Resolución del Consejo de la CNC de 30 de julio de 2009, como la valoración de las cuotas de mercado de los distribuidores de combustible (sentencias de 15 de febrero y 16 de abril de 2012, ambas de la Sala de lo Civil) y consideraciones sobre el mercado español de distribución de carburantes («reconocidamente poco accesible», sentencia de 16 de abril de 2012), que remitían a consideraciones realizadas por el órgano administrativo especializado en la defensa de la competencia.

Sin embargo, cuando las reclamaciones de daños han versado sobre genuinas acciones *follow on*, por ejemplo en infracciones de cártel sancionadas anteriormente por la autoridad de competencia, la aproximación judicial ha diferido bastante, reconociendo valor a la resolución administrativa respecto de la declaración de hechos probados y la calificación de la conducta, y versando la evaluación judicial civil sobre la relación de causalidad entre la conducta sancionada y los daños reclamados y en la valoración económica de los mismos³⁶. El caso paradigmático a este respecto ha sido el denominado «cártel del azúcar», sancionado por el desaparecido Tribunal de Defensa de la Competencia en 1999, en su expediente 426/98, Azúcar³⁷ y que ha dado lugar a sucesivas sentencias en primera y segunda instancia y casación³⁸, al haberse iniciado en distintas instancias territoriales, básicamente, Valladolid y Madrid.

Precisamente en el proceso iniciado en Valladolid ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 11 de la capital castellano-leonesa, el órgano jurisdiccional desestimó la demanda aun reconociendo cierta vinculación con la resolución administrativa³⁹ al no apreciar nexo causal entre la conducta de ACOR sancionada por el TDC y los daños y perjuicios que las demandantes afirmaban haber padecido. Aunque la sentencia de 1.ª instancia de Valla-

³⁵ Cursiva añadida.

³⁶ En este punto la distinción parece seguir la distinta competencia atribuida a Juzgados de lo Mercantil o Juzgados de Primera Instancia por el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 20), de 4 de febrero de 2008, según la acción ejercida fuera *stand alone* o *follow on*.

³⁷ En la Resolución de 15 de abril de 1999 (Expediente 426/98, Azúcar), el antiguo TDC declaró la existencia de una infracción del art. 1 de la LDC de 1989 cometida por cuatro productoras de azúcar (Ebro Agrícolas, Compañía de Alimentación, Sociedad General Azucarera de España, Sociedad Cooperativa General Agropecuaria «ACOR», y Azucareras Reunidas de Jaén). La infracción sancionada consistía en una concertación del precio de venta del azúcar para usos industriales que se produjo entre febrero de 1995 y septiembre de 1996, si bien con distinta duración para cada una de las imputadas. La resolución sancionadora del TDC fue confirmada posteriormente tanto por la Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo, en Sentencias de sus Salas de lo Contencioso-administrativo de 4 de julio de 2002 y de 23 de abril de 2005, respectivamente.

³⁸ Para un análisis del cártel sancionado en el expediente 426/98, Azúcar, desde la perspectiva de la aplicación privada puede consultarse «Reclamaciones de daños causados por cárteles: el Tribunal Supremo somete la defensa del “*passing on*” a requisitos estrictos. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013», de Grupo de Competencia de Gómez-Acebo y Pombo.

³⁹ Sentencia de 20 de febrero de 2009. Procedimiento núm. 571/2007.

dolid expresamente afirmaba no discutir la existencia del cártel sancionado acreditada administrativamente por el antiguo TDC tampoco acogía como presunción *iuris tantum* (en contra de la actual previsión de la *Directiva de daños*) que dicha existencia implicara la existencia de daño. Por el contrario el citado Juzgado de Primera Instancia núm. 11 sostenía que «la ilicitud de la conducta sancionada en sede de control de la libre competencia no genera un derecho objetivo e inmediato a ser resarcido por algo (el aumento de precios de las materias primas) que hubiera sido normal aun no median-do tales prácticas colusorias».

Recurrida la sentencia de primera instancia en apelación la Audiencia Provincial de Valladolid (sección tercera) declaró probada la realidad del daño y su importe y estimó el recurso interpuesto por las sociedades productoras de dulces. En una sentencia ciertamente escueta⁴⁰ la Audiencia se mostró claramente favorable al efecto vinculante de la resolución administrativa pero mostró su discrepancia con respecto a la valoración del mismo efectuada por el Juzgado de Primera Instancia: «Si el Tribunal de Defensa de la Competencia (ratificado por la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo) ha declarado que el daño ocasionado por la demandada es de suma gravedad, lo que nos corresponderá a nosotros consistirá en evaluar económicamente dicha gravedad, pero no decir que la resolución administrativa es vinculante para nosotros, para, a renglón seguido decir, que no se ha causado perjuicio alguno».

El pleito iniciado en Valladolid contra ACOR finalizó mediante la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de junio 2012, que confirmó la apelación y declaró no haber lugar a los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos por la empresa azucarera sancionada. De contenido predominantemente procesal la sentencia del Tribunal Supremo desestima la alegación de ACOR referida a la omisión de enjuiciamiento sobre todos los elementos fácticos y jurídicos que integraban el supuesto litigioso por la Audiencia Provincial, renunciando al ejercicio de la función jurisdiccional y permitiendo que un órgano de la Administración sustituyera su desempeño. El Tribunal Supremo rechaza este razonamiento expresando que «la recurrente omite la necesaria referencia al sentido y alcance del art. 13, apartado 2, de la derogada Ley 16/1989, [...] así como a la realidad y significación de las sentencias por las que la Audiencia Nacional y la Sala Tercera del Tribunal Supremo llevaron a cabo positivamente el control judicial de la decisión del Tribunal de Defensa de la Competencia»⁴¹.

En el procedimiento paralelo (aunque posterior) tramitado ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 50 de Madrid, los fallos judiciales se sucedieron en sentido inverso al pleito de Valladolid. En Sentencia de 1 de marzo de 2010 el citado Juzgado de Primera Instancia, estimó parcialmen-

⁴⁰ Sentencia 261/2009, de 9 de octubre de 2009.

⁴¹ El art. 13.2 de la LDC de 1989 preveía como requisito a la interposición de una reclamación de daños y perjuicios la firmeza previa de la resolución administrativa que había declarado acreditado la infracción de competencia de la que la demanda de indemnización traía causa.

te la demanda presentada y condenó a Ebro Puleva a indemnizar a los demandantes, aunque redujo su importe a la mitad respecto de la pretensión inicial de las partes. Por el contrario la posterior Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección núm. 8), de 3 octubre de 2011, estimó el recurso de apelación formulado por Ebro Foods y anuló la sentencia de primera instancia. El motivo fundamental de la estimación del recurso fue la asunción de la *passing on defense* planteada por la empresa azucarera, realizando un amplio análisis de diversos sucesos procesales en la revisión de la resolución sancionadora del TDC ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Finalmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013 (núm. 651/2013) revocó la sentencia de la Audiencia Provincial, estimando totalmente las pretensiones de la demanda respecto a la indemnización de daños y perjuicios. Centrándose de nuevo la principal discusión y razonamiento del Tribunal en el análisis de la *passing on defense* (aunque rechazando su aplicación, al contrario que la Audiencia) la sentencia del Supremo contiene una interesante aproximación al problema de la vinculación de los tribunales civiles respecto a las resoluciones administrativas.

En primer lugar, al analizar la alegación de cosa juzgada o litispendencia, al haber sido objeto de revisión judicial contencioso-administrativa la resolución del antiguo TDC, el Tribunal Supremo afirma que no puede otorgarse efectos de cosas juzgada a lo decidido por otras jurisdicciones y entiende que en una reclamación civil de daños no opera la cosas juzgada con respecto a sentencias pronunciadas por tribunales del orden contencioso-administrativo. No obstante, la sentencia sí reconoce que la fijación de hechos por otras jurisdicciones sí puede producir efectos de cosas juzgada en el orden jurisdiccional civil. Según el Tribunal Supremo unos hechos no pueden existir y no existir al mismo tiempo para distintos órganos judiciales, salvo que estos hechos se aborden desde perspectivas jurídicas distintas. Es decir, la vinculación a los hechos reconocidos por otras jurisdicciones no es total pero la distinta apreciación de los hechos debe ser motivada y se debe exponer las razones por las que no existe contradicción por dicha apreciación.

Como puede apreciarse la propia evolución interna de la jurisprudencia civil ha acabado aproximando su consideración respecto a la vinculación de la resolución administrativa de competencia a la solución adoptada finalmente por el art. 9 de la *Directiva de daños*⁴². La vinculación prevista en dicho precepto para las resoluciones de las autoridades de competencia españolas únicamente supone un escalón más en dicha aproximación mientras que la vinculación respecto a los hechos que se prevé para las resoluciones procedentes de los restantes estados miembros de la UE es

⁴² La evolución en otros estados miembros ha sido similar. Véase al respecto S. PIETRINI, «La réception de la directive européenne sur les actions privées pour violation du droit européen des pratiques anticoncurrentielles en droit italien», en *Concurrences. Revue des Droits de la Concurrence*, núm. 2-2015, p. 18.

claramente similar a la adoptada por el Tribunal Supremo en el cártel del azúcar que se ha examinado.

La transposición de la norma no debe suponer, por tanto, un problema específico para los tribunales españoles como no lo ha sido la experiencia de los tribunales alemanes respecto a la norma similar vigente en su Ley contra las restricciones a la competencia⁴³ ni de la de los jueces y tribunales del Reino Unido respecto al carácter vinculantes a efectos de reclamaciones de daños de las resoluciones de la autoridad de competencia⁴⁴.

4. RELACIÓN ENTRE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y POLÍTICA DE MULTAS

Una de las máximas preocupaciones manifestadas durante la larga discusión que antecedió a la aprobación de la *Directiva de daños* fue la posible conversión del sistema europeo de defensa de la competencia en un émulo del sistema estadounidense en el que, como es conocido, las acciones de daños no solo tienen un objetivo indemnizatorio sino también una naturaleza punitiva, admitiéndose la posibilidad de los daños múltiples o triples (*treble damages*)⁴⁵.

En sus comentarios a los citados Libro Verde de 2005 y Libro Blanco de 2008, que antecedieron a la actual Directiva, diversas asociaciones empresariales europeas resaltaron que el modelo de indemnización de daños establecido en los Estados Unidos no era una opción aconsejable para la Unión Europea, un sistema en el que la aplicación de la normativa de competencia había sido desde 1957 eminentemente pública, sin necesidad de que la disuasión que debe acompañar a las normas de competencia fuera desviada hacia la aplicación privada de las normas⁴⁶.

En realidad el Tribunal de Justicia, en sus distintas aproximaciones a la aplicación de la normativa de competencia por los tribunales civiles, siempre ha defendido la necesidad de la adecuada indemnización y el pleno resarcimiento de los daños producidos por las conductas anticompetitivas, sin avanzar en ningún momento hacia una concepción de este resarcimiento como un elemento de disuasión que debiera sustituir o complementar a las sanciones públicas.

⁴³ F. BIEN, *op. cit.*, p. 14.

⁴⁴ F. WAGNER-VON PAPP, *op. cit.*, p. 32.

⁴⁵ A. E. BASS, y P. D. CAMESASCA, «The direction of European competition litigation: Lessons from the U.S. experience», en *Concurrences. Revue des Droits de la Concurrence*, núm. 2-2015. pp. 35-37.

⁴⁶ Por ejemplo, entre otros, los comentarios emitidos respecto al «Libro Blanco» por la EUROPEAN BANKING FEDERATION («any proposal aiming at introducing an EU mechanism for punitive damages or allowing contingency fees for lawyers would be highly detrimental for both parties to the claim») o por la FÉDÉRATION DES ENTREPRISES DE BELGIQUE («Ceci reviendrait également à introduire des éléments répressifs dans un système qui devrait se limiter à l'indemnisation du dommage. Contrairement aux USA, où le contrôle public est moins développé qu'en Europe, la répression des infractions au droit européen commises dans l'Union européenne devrait être réservée aux autorités publiques»).

Por su parte, la Comisión Europea, durante los diez años que antecedieron a la promulgación de la Directiva, se esforzó por subrayar que sus objetivos de intensificar el uso de las acciones de daños en materia de competencia en la Unión Europea se limitaban al resarcimiento de los daños causados, sin remedar en ningún caso al sistema legal de los Estados Unidos y sus daños múltiples.

Siguiendo esta senda durante la negociación de la *Directiva de daños* los estados miembros decidieron plasmar expresamente esta concepción entre los considerandos del nuevo texto normativo. Así en su considerando (12) la Directiva 2014/104/UE confirma el acervo comunitario sobre el derecho a resarcimiento por los daños y perjuicios ocasionados por infracciones del Derecho de la competencia, citando específicamente entre este acervo «la definición de daños y perjuicios, de la forma establecida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia»⁴⁷, es decir, como explica a continuación, el daño emergente (*damnum emergens*), el lucro cesante (pérdida de beneficios o *lucrum cessans*), más los intereses («elemento esencial del resarcimiento»), como lo califica la propia Directiva), todo ello «con independencia de si en las normas nacionales estas categorías se definen por separado o conjuntamente».

Tras adoptar esta concepción amplia de los daños a indemnizar en seguimiento de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que denomina «resarcimiento pleno», la Directiva expresamente se opone en el siguiente considerando (13) a lo que califica directamente como «exceso de resarcimiento»:

«(13) El derecho a resarcimiento está reconocido para cualquier persona física o jurídica (consumidores, empresas y administraciones públicas) con independencia de la existencia de una relación contractual directa con la empresa infractora, e independientemente de si previamente había existido constatación o no de una infracción por parte de una autoridad de la competencia. [...] Sin perjuicio de la indemnización por la pérdida de oportunidades, *un resarcimiento pleno en virtud de la presente Directiva no debe conducir a un exceso de resarcimiento, ya sea mediante daños punitivos, múltiples o de otro tipo*»⁴⁸.

Igualmente el art. 3, apartado 3, de la Directiva expresa esta idea claramente cuando afirma que «El pleno resarcimiento con arreglo a la presente Directiva no conllevará una sobrecompensación, bien mediante indemnizaciones punitivas, múltiples o de otro tipo».

La exclusión de este tipo de daños punitivos o múltiples del pleno resarcimiento de perjuicios reconocido en la Directiva no es un mero ejercicio teórico. Si bien la articulación de este tipo de daños no compensatorios sin una previsión legal expresa resulta difícil de imaginar en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos de la Unión, no es por ello imposible. Como

⁴⁷ Básicamente la Sentencia de 13 de julio de 2006, *Manfredi* (asuntos acumulados C-295/04 y otras, véase la nota al pie núm. 3), párrafos 95 y 97.

⁴⁸ Cursiva añadida.

exponen autores británicos⁴⁹, en el sistema jurídico del Reino Unido (quizás por su mayor cercanía al ordenamiento legal de los Estados Unidos que otros sistemas europeos) no es extraña la existencia de *exemplary damages* asociados a reclamaciones de daños en materia de competencia. Este tipo de daños de naturaleza punitiva ha sido reconocida por los tribunales británicos en varias ocasiones, si bien con varias restricciones que los confinan básicamente a aquellos casos en los que las autoridades de competencia del Reino Unido no han actuado contra la práctica anticompetitiva (casos de menor importancia y similares generalmente) o no han impuesto sanciones frente a la misma por razones diferentes de la exención de la multa en aplicación de programas de clemencia. La transposición de la Directiva al Reino Unido deberá excluir la continuación de esta práctica indemnizatoria de naturaleza punitiva para los casos que afecten al comercio entre estados miembros, si bien los comentaristas no descartan que los *exemplary damages* puedan continuar para las demandas que queden fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.

Resulta llamativo que aprobada la *Directiva de daños* en noviembre de 2014 con esta clara indicación contraria al ejercicio del poder punitivo de la normativa de competencia a través de las acciones civiles de daños, el Tribunal Supremo español, en su famosa sentencia sobre la potestad sancionadora regulada en el Título V de la LDC de 2007 de 29 y 30 de enero de 2015⁵⁰, introdujera como elemento adicional en el debate la capacidad disuasoria de las indemnizaciones de daños y perjuicios. Tras determinar cómo debían ser interpretados distintos conceptos presentes en el art. 63 de la LDC, el Alto Tribunal añadió los siguientes comentarios sobre el posible efecto disuasorio de los daños civiles derivados del incumplimiento de la normativa de competencia

«el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el art. 63.2 de la Ley 15/2007, que permite imponer multas de hasta 60.000 euros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras) o bien un marco procesal de acciones civiles que faciliten el efectivo resarcimiento de los daños ocasionados por las conductas anticompetitivas.

Precisamente la evolución del Derecho de la Competencia va dirigida a incrementar el nivel de disuasión efectiva contrarrestando los beneficios ilícitos derivados de las conductas restrictivas de la competencia mediante la promoción de las acciones de condena —en la vía civil— al resarcimiento de los daños causados por las empresas infractoras (daños a los consumidores y a otros agentes económicos que son normalmente el reverso del bene-

⁴⁹ F. WAGNER-VON PAPP, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁰ Los análisis de esta nueva línea jurisprudencial son múltiples. Entre otros pueden consultarse «La nueva jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con el cálculo de las sanciones en materia de defensa de la competencia», de M. VÉLEZ FRAGA, y A. R. LAPRESTA BIENZ, en *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 40-2015.

ficio ilícito obtenido). Se pretende de este modo aumentar la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia en su conjunto, de modo que las empresas infractoras —y sus directivos— no solo “sufran” la sanción administrativa correspondiente sino que, además, queden privadas de sus ilícitas ganancias indemnizando los daños y perjuicios causados con su conducta. Designio en cuya ejecución avanza de manera inequívoca (aunque la obligación de resarcimiento sea anterior y de hecho cuente ya con precedentes judiciales también en España, como el que ofrece la reciente sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2013, dictada en el recurso de casación 2472/2011) la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea».

Sin duda, la cita expresa de la *Directiva de daños* en la propia sentencia reseñada y la alusión directa al «efectivo resarcimiento de los daños ocasionados» impide considerar que la alusión del Tribunal Supremo al poder disuasorio de las indemnizaciones de daños conlleve la posibilidad, prohibida directamente por la Directiva, de algún tipo de daños punitivos o ejemplarizantes. Aunque, como afirma el Tribunal Supremo el poder disuasorio de la política de competencia debe contemplarse en su conjunto, lo cierto es que en la concepción de la Directiva —y del acervo comunitario que recoge de la jurisprudencia europea—, la naturaleza de los daños es esencialmente indemnizatoria mientras que corresponde a la política de multas a cargo de las autoridades administrativas (y judiciales) desempeñar el rol sancionador y punitivo, adecuado para una efectiva disuasión.

No obstante, la propia Directiva en su art. 18, apartado 3, recoge de nuevo la posible interacción entre aplicación público y aplicación privada al reconocer la posibilidad de que se considere atenuante en el momento de determinar la sanción a imponer «se haya abonado una indemnización como resultado de un acuerdo extrajudicial». Como otros preceptos de la Directiva, esta previsión no resulta extraña al ordenamiento jurídico español y, en concreto, a la LDC, ya que el actual art. 64 de dicha Ley, en su apartado 3.c), recoge como posible atenuante la «realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado», circunstancia que engloba, claramente, una solución extrajudicial dirigida al pago de indemnizaciones como la prevista en el art. 18 de la Directiva. La transposición de dicho precepto, por tanto, no debe resultar problemática pero deberá limitar la aplicación de la atenuante a aquellos casos en los que la reparación del daño causado sea real mediante el abono o pago efectivo de la indemnización, como requiere la redacción de la propia Directiva, sin atender ni dar significado a meras declaraciones de buenas intenciones jurídicas.

Como último apunte no puede dejar de señalarse que junto a esta aproximación expresada por el Tribunal Supremo respecto a la posible naturaleza disuasoria de las indemnizaciones de daños y perjuicios, algunos autores defienden que la aprobación en octubre de 2015 de las nuevas leyes de procedimiento administrativo común de las administraciones Pú-

blicas⁵¹ y de régimen jurídico del sector público⁵² (aunque con entrada en vigor diferida a octubre de 2016) ha abierto otra puerta para permitir la entrada de la resolución administrativa en la cuantificación de la indemnización de daños privados y su posterior ejecución también pública⁵³.

Según esta interpretación la acción combinada de los arts. 28.2 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público y 101 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común suponen un cambio cualificado respecto a lo anteriormente dispuesto en el art. 130.2 de la Ley 30/1992⁵⁴ y pretenden «que la resolución sancionadora pueda pronunciarse sobre la responsabilidad civil del infractor (es decir, sobre la indemnización que debe pagar al perjudicado por la infracción) y que *ese pronunciamiento tenga la misma fuerza que el resto del contenido de la resolución*, lo que significa que será vinculante, podrá ser objeto de ejecución forzosa por parte de la Administración», algo que también se había estudiado respecto a algún precepto de la actual Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios⁵⁵.

La inmediatez de la reforma comentada impide que esta interpretación haya podido ser discutida o apoyada por el resto de la doctrina pero dos factores (reconocidos por el propio autor) operan en contra de una aplicación inmediata a los expedientes sancionadores de competencia (además del lapso de tiempo que queda para la entrada en vigor de la nueva normativa). Uno de carácter general es la ausencia de toda explicación de este propósito en la exposición de motivos de los citados cuerpos legales. El factor específico es el carácter meramente supletorio de la normativa de procedimiento común respecto de los expedientes de defensa de la competencia, según prescribe el art. 45 de la LDC de 2007. La probable adición de nuevos preceptos a la citada Ley en la transposición de la *Directiva de daños* al ordenamiento español, dirigidos específicamente a ordenar los procedimientos de reclamación de daños y perjuicios derivados de infracciones de competencia según la reglas del procedimiento civil impediría considerar aplicable los citados artículos de la normativa de procedimiento común.

En conclusión, aunque la nueva Directiva afronta la necesidad de tomar en consideración la indemnización efectiva realizada por los causantes de los daños derivados de infracciones de la competencia, su objetivo básico es subrayar la esencial diferencia entre la naturaleza indemnizatoria de las acciones de daños civiles y la naturaleza punitiva y disuasoria de las san-

⁵¹ Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, *BOE* núm. 236 de 2 de octubre de 2015.

⁵² Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, *BOE* núm. 236, de 2 de octubre de 2015.

⁵³ A. J. HUERGO, «Sanciones administrativas y responsabilidad civil. La Ley 40/2015 cambia las reglas del juego», Blog «Almacén de derecho», entrada de 30 de noviembre de 2015.

⁵⁴ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, *BOE* núm. 285, de 27 de noviembre de 1992.

⁵⁵ Texto vigente aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias.

ciones que deben imponer las autoridades públicas, sin posibilidad de que las indemnizaciones adopten un papel punitivo.

5. CONCLUSIONES

La aprobación (y subsiguiente transposición por los estados miembros) de la *Directiva de daños* es una gran oportunidad para reforzar la aplicación del Derecho de la Competencia, en España y en Europa. El desarrollo de la aplicación privada de la normativa *antitrust* siempre ha tenido un doble objetivo: en primer lugar, lograr una compensación plena de los daños sufridos por los perjudicados por las conductas anticompetitivas y, adicionalmente, lograr una mayor penetración de la normativa de competencia en el tejido industrial y social que evite las conductas y prácticas restrictivas de la competencia que dañan a las dinámicas positivas del mercado y destruyen el bienestar social.

La aplicación pública y privada del derecho de la competencia deben apoyarse mutuamente e interactuar de forma coordinada, logrando que la intensificación y aumento de las reclamaciones de daños no perjudique la aplicación administrativa de la norma. No debe olvidarse que sin una aplicación pública efectiva las acciones de indemnización por daños resultarán casi imposibles o de escasa importancia. Según la propia *Directiva de daños*, los cárteles son las infracciones que causan mayor daño al mercado, al bienestar social y al interés público. Y, por el momento, solo la autoridad pública —a través de distintos instrumentos— se ha mostrado efectiva para su detección y posterior sanción.

Por ello unos de los objetivos manifiestos de la Directiva 2014/14 es proteger los expedientes sancionadores de la autoridad administrativa y especialmente los programas de clemencia a través de los distintos instrumentos analizados en el presente artículo. La transposición de la Directiva en los distintos estados miembros, incluida España, debe buscar el mismo objetivo ya que sin una aplicación pública efectiva los cárteles y otras infracciones graves permanecerán escondidos y los perjudicados no podrán lograr el resarcimiento pleno de unos daños de los que, tal vez, ni siquiera sean conscientes.

LAS GARANTÍAS DE LAS EMPRESAS ANTE LAS INSPECCIONES DOMICILIARIAS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA: ANÁLISIS DE LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO

Pedro BRUFAO CURIEL

Profesor de Derecho Administrativo Económico y de la Competencia
Universidad de Extremadura

1. INTRODUCCIÓN

La defensa de la competencia y la acción administrativa contra las actividades colusorias se afianzan en España, cuyo reflejo puede comprobarse en el número de empresas inspeccionada, las sanciones impuestas en un principio y su recaudación final llevadas a cabo por la antigua Comisión Nacional de la Competencia¹:

	<i>Empresas nacionales inspeccionadas</i>	<i>Sanciones por conductas prohibidas</i>	<i>Recaudación</i>
2008	36	57.859.781 €	4.116.030 €
2010	37	151.926.727 €	10.409.050 €
2013	113	454.108.294 €	60.679.360 €

Esta creciente actividad administrativa² tiene como correlato el que las empresas tiendan a recurrir a su vez en un grado mayor los expedientes de

¹ Fuente: Comisión Nacional de la Competencia (2013): Memoria de actividades 2012-2013, Madrid. A la hora de redactar este estudio, la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia no había publicado la memoria de 2014.

² No son pocas las noticias que reflejan el interés al respecto, como muestra: *El País. Negocios*, de 19 de julio de 2015: «Un mercado con trampas. Las acciones en defensa de la competencia van lentas, pero se afianzan en España», reportaje en el que se analiza la reciente actividad en pro de la competencia y su impacto en las empresas. Poco antes, este mismo diario publicaba el 12 de julio

los que son objeto, sobre todo cuando entienden que puede estar en riesgo la garantía de sus derechos relativos a la inviolabilidad domiciliaria de sus instalaciones y la confidencialidad de sus documentos³.

Como se puede observar en el esquema anterior, existe una considerable diferencia entre las sanciones impuestas por conductas prohibidas y la cuantía finalmente recaudada, lo cual se debe sin duda a los distintos recursos interpuestos por los interesados.

En los últimos años se han dictado diversas resoluciones judiciales, tanto de la jurisdicción nacional como de la europea, sobre los límites a la actividad investigadora y sancionadora de las autoridades de la competencia, teniendo este trabajo como fin exponer la doctrina emanada recientemente de la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo⁴.

En efecto, el principio de la eficacia de la actuación de las Administraciones públicas ha de respetar en todo caso los derechos de los administrados, máxime si tenemos en cuenta que hablamos de la inviolabilidad del domicilio y la confidencialidad de sus documentos o de las relaciones con los abogados externos⁵ que asesoren a las empresas, todo ello en relación con el derecho a la defensa, a la presunción de inocencia y al secreto profesional y el derecho a la confidencialidad de los documentos objeto de las inspecciones, sobre lo cual la STJUE, *Azko c. Comisión*, de 14 de

de 2015: «El Supremo pone coto a los registros de Competencia». Para obtener una visión general, recomendamos la lectura de la obra del antiguo vocal del Tribunal de Defensa de la Competencia y catedrático de Derecho administrativo: J. E. SORIANO GARCÍA, *La defensa de la competencia en España*, Madrid, Istel, 2007.

³ Junto a las inspecciones en los establecimientos de las empresas, las autoridades pueden asimismo investigar por sectores empresariales o modalidades de conductas colusorias comunes a varios sectores [art. 17 del Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia y art. 5.1.h) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia]. Véase J. GUILLÉN CARAMÉS, «Las investigaciones domiciliarias y el derecho a la confidencialidad en el Derecho de la Competencia», en S. BACHES OPI (dir.), *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*, Madrid, La Ley, 2010.

⁴ Como guía sobre el devenir jurisprudencial, véase A. PALOMAR OLMEDA, «Las peculiaridades de la actuación investigadora de la Comisión de los Mercados y de la Competencia: la STS de 30 de septiembre de 2013», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9, 2014.

⁵ Se ha considerado que los abogados propios de las empresas no están acogidos a la confidencialidad abogado-cliente o *legal privilege*, sí en cambio los abogados independientes que contratan las empresas. Véase A. M.^a GARCÍA URETA, «Protección del domicilio en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: el caso de los despachos de abogados», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Madrid, Civitas, 2012. Sobre este extremo, la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a, de 19 de noviembre de 2014 (RJCA 2014/1036), da la razón a la CNMC acerca de la incorporación a un expediente sancionador de la documentación de la empresa relacionada que no había sido trasladada a un abogado externo con el fin de solicitar su consejo legal. La CNMC alegaba que el *legal privilege* no existe en nuestro Derecho sino bajo el análisis de la Constitución española, ya que esta garantiza las relaciones de confidencialidad abogado-cliente, como una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que no puede ser vulnerado por las actuaciones inspectoras, para lo cual invoca jurisprudencia constitucional que subraya que el titular del derecho es el abogado y no el cliente. También invoca el asunto *Azko*, para concluir que esta protección no opera de forma automática y que exige un comportamiento activo y diligente de la empresa inspeccionada. Por último, censuró el comportamiento de la empresa, que basa la existencia de la confidencialidad en el contexto cronológico de redacción de la documentación.

septiembre de 2010, ha marcado las pautas a seguir⁶. El deber de sigilo, en definitiva, preside la actuación administrativa⁷, por lo que el efecto sorpresa puede entrar en colisión con los derechos de los particulares.

2. CRITERIOS JURÍDICOS PRINCIPALES A LA HORA DE REALIZAR INVESTIGACIONES DOMICILIARIAS A EMPRESAS

Tanto la normativa como la jurisprudencia europea y nacional han concretado los límites de las potestades de las autoridades de la competencia en sus investigaciones como las garantías que asisten a los investigados, se incoe o no un expediente sancionador posteriormente. En este punto hay que exponer la doble regulación existente entre la investigación de supuestas prácticas colusorias en el plano europeo, en cuyo caso es competente la Comisión, de las que competen a las autoridades nacionales.

Las potestades de investigación de la Comisión Europea se recogen en los arts. 17 y ss. del Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia⁸, que derivan directamente ahora de los arts. 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE, en relación con las prácticas colusorias y el abuso de posición dominante. Los motivos del reforzamiento de las potestades de investigación se recogen⁹ en los considerandos del Reglamento⁹, cuya razón

⁶ Corresponde a las empresas inspeccionadas demostrar la confidencialidad de los documentos obtenidos en las pesquisas, ya que no basta invocar una confidencialidad genérica. El simple hecho de que las autoridades de competencia conozcan de la existencia de un documento confidencial supone la vulneración del principio de confidencialidad. Véase J. GUILLÉN CARAMÉS, «Derecho a la tutela judicial efectiva de las empresas v. eficacia de las inspecciones en el Derecho europeo de la competencia (a propósito de la STJUE Azko. c. Comisión, de 14 de septiembre de 2010)», en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y R. ALONSO GARCÍA (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Madrid, Civitas, 2012. En el asunto Azko c. Comisión fueron también partes en el proceso el Conseil des Barreaux Européens, el Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten, la European Company Lawyers Association, la American Corporate Counsel Association (ACCA) —European Chapter—, junto con la International Bar Association.

⁷ J. E. SORIANO GARCÍA, *op. cit.*, 173, 2007.

⁸ El art. 20 detalla las potestades de la Comisión sobre la investigación de las empresas y sus asociaciones, como el acceso a los locales, terrenos y medios de transporte; examinar libros y documentos pudiendo obtener copias, precintar los locales y documentos, así como solicitar explicaciones a los empleados. Todo ello bajo el deber de la Comisión en cuanto a la precisión del objeto y fin de sus investigaciones, con la motivación debida (STJUE, Sala 5.ª, de 25 de junio de 2014, TJCE 2014/230, asunto C-37/13 P).

⁹ Considerandos 24 a 28, que entre otros recogen la facultad de la Comisión de proceder a cuantas inspecciones sean necesarias para detectar las prácticas prohibidas, debiendo aportar las autoridades de competencia nacionales su colaboración activa y ayuda mutua. La dificultad de obtener información se traduce en que se faculta a la Comisión para interrogar a toda persona que pueda disponer de información útil y poder guardar constancia de sus declaraciones, así como para precintar las sedes e instalaciones, siempre que se relacione con el objeto de la investigación, permitiéndose incluso el acceso a todos los locales en los que puedan conservarse documentos de índole profesional, incluidos los domicilios particulares, con la debida autorización del juez nacional, en nuestro caso de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El juez nacional puede autorizar incluso el empleo de la fuerza pública para vencer la posible oposición por parte de una empresa o para ejecutar una decisión de proceder a inspecciones en locales no destinados a actividades comerciales.

principal se debe a la dificultad intrínseca de conocer cuándo se produce una vulneración, cómo se accede e inspecciona un domicilio¹⁰ o sede empresarial, quiénes son los posibles responsables y qué documentos o pruebas determinarán en su caso la responsabilidad, de ahí la importancia de las potestades atribuidas a las autoridades de la competencia y el valor del efecto sorpresa sobre los posibles infractores.

Estas facultades asignadas a la Comisión no solo se aplican a los distintos poderes de que son titulares a las autoridades nacionales, sino que incluso ha influido en sus estructuras y funcionamiento¹¹. En el caso español, dichas potestades se recogen con una minuciosidad, que acota la discrecionalidad administrativa, en el art. 27 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (LCNMC)¹², cuyos rasgos principales a mi entender se basan en el carácter

¹⁰ Recordemos el régimen jurídico de la inviolabilidad del domicilio, derecho fundamental objeto del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el art. 7 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y del art. 18.2 de la CE. Véase L. FELTRER RAMBAUD, «La inviolabilidad del domicilio y las inspecciones administrativas en materia de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y la Competencia*, 17, 2010.

¹¹ F. VELASCO CABALLERO y F. PASTOR-MERCHANTE, *The public administration of the internal market*, Groningen, Europa Law Publishing, 2015. La adquisición de caracteres comunes en la organización administrativa de la competencia se analiza en: J. ORTEGA BERNARDO, «La europeización de la administración que aplica el Derecho de defensa de la competencia. ¿Hasta qué punto influye el Derecho europeo en la configuración de su estructura organizativa, en su procedimiento y en el contenido de sus decisiones?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 170, 2015. Un reflejo de que la organización de esta Administración sirva de modo efectivo a su objetividad e independencia es el Auto del Tribunal Supremo, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 3 de julio de 2015 (JUR 2015/189124), en el que se plantean al Tribunal de Justicia de la UE diversas cuestiones prejudiciales sobre la creación de la CNMC.

¹² La cual derogó el art. 40 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia (LDC). Ese art. 27 LCNMC dice expresamente: «Facultades de inspección. 1. El personal funcionario de carrera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, debidamente autorizado por el director correspondiente, tendrá la condición de agente de la autoridad y podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresas para la debida aplicación de esta Ley. 2. El personal habilitado a tal fin tendrá las siguientes facultades de inspección: a) Acceder a cualquier local, instalación, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas. Asimismo podrán controlar los elementos afectos a los servicios o actividades que los operadores o quienes realicen las actividades a las que se refiere esta Ley, de las redes que instalen o exploten y de cuantos documentos están obligados a poseer o conservar. b) Verificar los libros, registros y otros documentos relativos a la actividad de que se trate, cualquiera que sea su soporte material, incluidos los programas informáticos y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase. c) Hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos. d) Retener por un plazo máximo de 10 días los libros o documentos mencionados en la letra b). e) Precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección. f) Solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas. El ejercicio de las facultades descritas en las letras a) y e) requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto, la correspondiente autorización judicial. 3. Las empresas y asociaciones de empresas están obligadas a someterse a las inspecciones que el órgano competente haya autorizado. 4. Si la empresa o asociación de empresas se opusieran a una inspección o existiese el riesgo de tal oposición, el órgano competente de la Comisión deberá solicitar la correspondiente autorización judicial, cuando la misma implique restricción de derechos fundamentales, al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, que resolverá en el plazo máximo de 48 horas. Las autoridades públicas prestarán la protección y el auxilio necesario al personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para el ejercicio de

de funcionario de carrera y autoridad pública de quien inspeccione¹³, la necesidad de sus pesquisas o actuaciones y la debida autorización del director de investigación o cargo análogo, la limitación estricta al objeto de la investigación concreta y la presunción de veracidad de la misma, plasmada en documento público y que adquiere el valor de prueba.

Desde el punto de vista del investigado, hemos de tener presente la autorización de este a la hora de acceder a los locales o proceder a su precinto, los cuales, en caso de negativa, precisan la intervención judicial. Parejo a este derecho, la LCNMC recoge el deber jurídico de colaboración¹⁴, que les obliga al sometimiento de la inspección, sin perjuicio de que en caso de oposición o riesgo de oposición de la empresa haya de obtenerse la autorización preventiva del juez de lo contencioso-administrativo para proceder a la entrada y/o al registro del «domicilio» de la empresa.

Es más, se puede solicitar, y de hecho se solicita, la autorización judicial *inaudita parte* para que devenga ineficaz el efecto sorpresa de la actuación administrativa, como reconoce la STS, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 30 de septiembre de 2013 (RJ 2013/6543) para hacer frente al riesgo de oposición de la empresa, y ello sin que se admita el que el juez que dicta motivadamente el auto¹⁵, que permite ejecutar la orden debidamente motivada de entrada y registro, sea distinto de quien pueda juzgar en su día la resolución de la autoridad de defensa de la competencia. La *ratio iuris* de la autorización judicial descansa en la garantía del administrado frente a la intervención administrativa, careciendo, por tanto, de función reparadora de la vulneración de ningún derecho. En definitiva, la autorización judicial no es subsidiaria del consentimiento del interesado.

El régimen jurídico de las inspecciones administrativas se basa en una serie de principios que rigen tanto la actuación de la Administración pública¹⁶, sometida al principio de legalidad y de vinculación positiva a la ley, como a la defensa de los intereses y derechos de las empresas, las cuales así conocen los límites de la intervención pública. Estos principios son la reserva de ley, la sujeción al procedimiento administrativo, la necesidad

las funciones de inspección. 5. El personal funcionario de carrera encargado de la inspección levantará acta de sus actuaciones. Las actas extendidas tendrán naturaleza de documentos públicos y harán prueba, salvo que se acredite lo contrario, de los hechos que motiven su formalización. 6. Los datos e informaciones obtenidos solo podrán ser utilizados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para las finalidades previstas en esta Ley y en la Ley 15/2007, de 3 de julio».

¹³ La LDC solo hablaba del «personal de la Comisión Nacional de la Competencia».

¹⁴ Art. 28 de la LCNMC. Este deber de colaboración no implica que se le dé el carácter de «interesado» administrativo en sentido estricto a todo aquel que colabore con la autoridad de competencia (art. 39.2 de la LDC).

¹⁵ El juez ha de comprobar: la existencia de un acto administrativo que solicite la intervención investigadora, dictado por la autoridad competente y con la identificación de los funcionarios que vayan a ejecutarla; la apariencia de la legalidad del acto; que el investigado sea titular del domicilio en el que se desea entrar y, en su caso, registrar; y que dicha entrada sea necesaria y que cuente con las limitaciones a la inviolabilidad del domicilio estrictamente necesarias. Véase L. FELTRER RAMBAUD, *op. cit.*, 15, 2010.

¹⁶ Seguimos aquí el detallado trabajo de J. C. LAGUNA DE PAZ, «Las potestades administrativas de investigación en materia de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 5, 2009.

y proporcionalidad de la actuación de las autoridades de competencia, la igualdad de trato ante los administrados, la especificidad de la investigación y de la información recabada, junto con la eficacia y el valor probatorio de las actas levantadas en la investigación. De manera resumida los explicamos acto seguido.

La reserva de ley es conocida por todos como un principio general del Derecho, límite general de las restricciones de los derechos y libertades de los particulares reconocido por el art. 6.1 del Tratado de la Unión Europea, que lo liga al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y el art. 53 CE¹⁷. Su finalidad es evitar que el poder ejecutivo mediante simples actos administrativo o normas reglamentarias erosionen los derechos reconocidos a los ciudadanos. De esta manera y como hemos visto se recoge tanto en el Reglamento 1/2003 de la Comisión como en la LCNMC.

La sujeción al procedimiento administrativo es otra de las garantías esenciales de los ciudadanos y límite de la discrecionalidad administrativa, máxime si hablamos de expedientes que pueden llevar a la imposición de sanciones¹⁸. Es más, la práctica de la investigación y las inspecciones y registros no son meros actos materiales, sino plenamente sometidos al Derecho¹⁹ y, por consiguiente, a sus pautas, procesos y diligencia en la toma de decisiones²⁰.

¹⁷ Según la ya clásica STC 83/1984, de 24 de julio (RTC 1984/83), FJ 4.º: «Este principio de reserva de ley entraña, en efecto, una garantía esencial de nuestro Estado de Derecho, y como tal ha de ser preservado. Su significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos. El principio no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, lo que supondría una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador».

¹⁸ En el caso de que se incoe un expediente sancionador derivado de las pesquisas, inspecciones y registros, el art. 29 de la LCNMC dice: «Potestad sancionadora. 1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá la potestad de inspección y sanción de acuerdo con lo previsto en el Capítulo II del Título IV de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en el Título VI de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, en el Título VIII de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, en el Título X de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, en el Título VI de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, en el Título VII de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, y en el Título VII de la Ley 39/2003, de 17 de noviembre, del Sector Ferroviario. 2. Para el ejercicio de la potestad sancionadora, se garantizará la debida separación funcional entre la fase instructora, que corresponderá al personal de la dirección correspondiente en virtud de la materia, y la resolutoria, que corresponderá al Consejo. 3. El procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se regirá por lo establecido en esta Ley en las leyes mencionadas en el apartado 1, así como, en lo no previsto en las normas anteriores, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en su normativa de desarrollo. En concreto, el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia se regirá por las disposiciones específicas previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio. 4. La resolución del procedimiento pondrá fin a la vía administrativa y contra ella podrá interponerse recurso contencioso-administrativo».

¹⁹ Véase el Reglamento 773/2004, de la Comisión, de 7 de abril, relativo a los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82 del Tratado CE. Esta norma ha sido reformada por el Reglamento 622/2008, de la Comisión, de 30 de junio, en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel. Una última reforma se ha llevado a cabo por el Reglamento 2015/1348, de la Comisión, de 3 de agosto, que se refiere al programa de clemencia y al uso de la

(Véase nota 20 en página siguiente)

Las investigaciones y pesquisas han de ser necesarias y proporcionales²¹. El principio de proporcionalidad se predica de la seguridad jurídica y de la interdicción de la arbitrariedad y se vincula estrechamente con el valor de los hechos y el grado de intervención administrativa en el caso concreto, teniendo siempre en cuenta que hablamos de una medida muy gravosa, la entrada en domicilios incluso personales. Por estas razones, las inspecciones y registros solo se permiten ante la presencia de indicios razonables de estar frente a las conductas más graves, como el ejercicio de conductas colusorias, el abuso de posición de dominio, el falseamiento de la libre competencia por actos desleales o proceder a una concertación sin la notificación debida²². La necesidad y la proporcionalidad exigen que el acto administrativo y, en su caso, la autorización judicial, sean idóneas y adecuadas para lograr el objetivo propuesto. Por ello, la medida ha de ser útil para lograr el fin pretendido y que se carezca de alternativas eficaces en el mismo grado y menos lesivas para los derechos de que goza el interesado, valorándose los intereses contrapuestos, aun con el riesgo de que estas disquisiciones se reduzcan a un mero planteamiento de opiniones hipotéticas.

La igualdad de los interesados se relaciona estrechamente con la discrecionalidad administrativa y el orden de prioridades que se estimen convenientes. En efecto, las autoridades de defensa de la competencia pueden elegir a uno o a varios de los investigados para que sobre sus intereses se practiquen las pesquisas apropiadas y entre ellos elegir las medidas oportunas entre las distintas que les permite el art. 27 de la LCNMC. Por estos motivos, los inspeccionados no pueden alegar la «igualdad en la ilegalidad» o la igualdad ante la presencia de indicios racionales de infracción del ordenamiento, pero, del mismo modo, recae sobre las autoridades de la competencia la carga de que las medidas sean necesarias e idóneas, como acabamos de ver.

La especificidad de las inspecciones y de la información obtenida se une a la prohibición de las conocidas como *fishing expeditions*, en las que se trataría de lograr sancionar a alguna empresa sin indicio alguno, con mero fin exploratorio²³. Esta cuestión se limita con la exigencia de que las autoridades de competencia se dirijan a los interesados e investiguen con

información obtenida en el transcurso de los procedimientos de la Comisión. Véase A. I. SANTAMARÍA DACAL, «Poderes reforzados de la Comisión *versus* derechos de las empresas en los procedimientos de Derecho de la Competencia», en J. E. SORIANO GARCÍA (dir.), *Procedimiento administrativo europeo*, Madrid, Civitas, 2012. Las potestades de investigación de la Comisión son muy amplias: en cuanto a las ayudas estatales, véase el reciente Reglamento (UE) 2015/1589, del Consejo, de 13 de julio, por el que se establecen normas detalladas para la aplicación del art. 108 del TFUE.

²⁰ Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDDC), cuyo Título II se dedica a los procedimientos. El Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la CNMC, derogó el capítulo relativo al procedimiento arbitral.

²¹ A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, «El principio de proporcionalidad en el Derecho de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y la Competencia*, 17, 2012.

²² Art. 62 de la LDC.

²³ Argumento alegado, junto al de la necesidad y la idoneidad de la información solicitada, por una empresa española del cemento en la Sentencia del Tribunal General de la UE, Sala 7.ª, de 14 de marzo de 2013, asunto T-296/11.

datos ciertos y contrastables, y que solo se empleen para los fines legales, como señalan el art. 18 del Reglamento 1/2003 de la UE²⁴ y el art. 27.6 de la LCNMC, pues lo contrario puede invalidar su carácter de prueba si se emplea esta información por las mismas u otras Administraciones para conseguir resultados diferentes para los que fueron autorizados²⁵.

Por último, la eficacia y el valor probatorio de las actas levantadas por los agentes de la autoridad de la competencia exige el que estos hayan recibido la orden por el órgano competente en investigación. A dicho valor probatorio se le suma la presunción de veracidad del contenido de las actas, sin que por ello se menoscabe la presunción de inocencia de la que goza cualquier interesado en un procedimiento sancionador posterior²⁶.

3. EL CONCEPTO DE «DOMICILIO» DE LA PERSONA JURÍDICA A EFECTOS DE LAS INVESTIGACIONES Y REGISTROS ADMINISTRATIVOS

El problema de la indefinición legal de domicilio y su variada interpretación a los distintos efectos legales del ordenamiento jurídico, pues con el mismo concepto se describen bienes jurídicos muy distintos, ya sea el domicilio fiscal, el domicilio particular a efectos del desarrollo normal de la intimidad personal y familiar o del domicilio de una persona jurídica, reconocido²⁷ este por las SSTC de 17 de octubre de 1985 (RTC 1985/137)²⁸, la de 19 de julio de 2004 (RTC 2004/290) o por la muy reciente de 16 de marzo de 2015 (RTC 2015/54)²⁹ y asimismo por las Sentencias del Tribunal Eu-

²⁴ Sobre las solicitudes de información e inspecciones de la Comisión de los arts. 18 y 20 del Reglamento 1/2003 y el ámbito territorial y objetivo de actuación, véase A. M.^a GARCÍA URETA, *La potestad inspectora en el Derecho comunitario*, Madrid, Iustel, 2008.

²⁵ Art. 28 de la LCNMC.

²⁶ El art. 13.4 del RDDC dice: «De todas las entradas e inspecciones realizadas en locales, terrenos, medios de transporte y domicilios se levantará un acta firmada por el funcionario autorizado y por la persona ante la cual se haya realizado la inspección o, caso de que esta no se encontrara presente en el momento de la firma, por la persona a quien autorice para ello. La negativa de estas personas a firmar el acta no impedirá que esta, una vez firmada por dos funcionarios autorizados, tenga valor probatorio. Al acta se adjuntará la relación de los documentos de los que se haya obtenido copia, así como un ejemplar de la misma, y, en su caso, la relación de aquellos documentos que hayan sido retenidos y trasladados temporalmente a la Comisión Nacional de la Competencia por el personal inspector, cualquiera que sea su soporte material». Véase T. CANO CAMPOS, «Presunción de veracidad (y principio de libre valoración de la prueba)», en J. A. SANTAMARÍA PASTOR (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley, 2010. T. CANO CAMPOS, «La presunción de veracidad de las actas de inspección», en J. J. DÍEZ SÁNCHEZ (coord.), *Función inspectora*, Madrid, INAP, 2013. Recordemos asimismo el art. 137.3 de la Ley 30/1992: «Los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrán valor probatorio sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados».

²⁷ Reconocimiento jurisprudencial ampliamente discutido. Véase L. FELTRER RAMBAUD, *op. cit.*, 2010, pp. 4 y ss.

²⁸ En la que se impone el análisis casuístico para afirmar o no la vulneración de este derecho, sin que quepa una interpretación automática. Su objeto era la ejecución forzosa de la entrada en locales de una empresa en virtud de una inspección tributaria.

²⁹ Que reconoce la vulneración del derecho a la inviolabilidad del domicilio de una empresa ante otra inspección tributaria acompañada de la policía, ya que no se informó a los responsables de la compañía del derecho de oponerse a la entrada.

ropeo de Derechos Humanos de 16 de abril de 2002 (JUR 2002/132780)³⁰, la de 14 de marzo de 2013 (TEDH 2013/29)³¹ y la de 18 de abril de 2013 (TEDH 2013/45)³².

El derecho a la inviolabilidad del domicilio de las empresas goza de una protección que abarca tanto la sede social como las oficinas y los locales, aunque con un ámbito menor de protección que el domicilio personal o familiar, ya que la doctrina constitucional lo limita al ejercicio de sus funciones principales y no lo extiende a los edificios que constituyan los talleres, fábricas o centro de producción en sentido estricto, pero sí a su lugar de dirección o a donde se guarde su documentación.

En todo caso, hay que tener en cuenta el objeto y la finalidad de la inspección y del registro, su alcance y las circunstancias concretas del lugar con el fin de acotar el ejercicio de la discrecionalidad administrativa. En este sentido, la STS, Sala 3.ª, Sección 1.ª, de 23 de abril de 2010 (RJ 2010/3640) en su FJ 4.º describe el contenido jurídico del domicilio en general y su relación con el ejercicio de la intimidad, por cuyo interés lo describimos literalmente:

«La Constitución, “al establecer el derecho a la inviolabilidad del domicilio, no lo circunscribe a las personas físicas, siendo pues extensivo o predicable igualmente de las personas jurídicas” [en el mismo sentido, SSTC 144/1987 (RTC 1987/144) y 64/1988 (RTC 1988/64)]. Si bien esta afirmación de principio se ha hecho no sin matizaciones relevantes, entre ellas la consideración de la “naturaleza y especialidad de fines” de dichas personas (STC 137/1985, FJ 5.º).

Tal afirmación no implica, pues, que el mencionado derecho fundamental tenga un contenido enteramente idéntico con el que se predica de las personas físicas. Basta reparar, en efecto, que, respecto a estas, el domicilio constitucionalmente protegido, en cuanto morada o habitación de la persona, entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad, como hemos declarado desde la STC 22/1984, FJ 5.º (asimismo, SSTC 160/1991 y 50/1995, entre otras); pues lo que se protege no es solo un espacio físico sino también lo que en él hay de emanación de una persona física y de su esfera privada (STC 22/1984 y ATC 171/1989), lo que indudablemente no concurre en el caso de las personas jurídicas. Aunque no es menos cierto, sin embargo, que estas también son titulares de ciertos espacios que, por la actividad que en ellos se lleva a cabo, requieren una protección frente a la intromisión ajena.

Por tanto, cabe entender que el núcleo esencial del domicilio constitucionalmente protegido es el domicilio en cuanto morada de las personas físicas y reducto último de su intimidad personal y familiar. Si bien existen otros ámbitos que gozan de una intensidad menor de protección, como ocu-

³⁰ Donde en el marco de una inspección se incautaron de miles de documentos, sin mandato judicial o presencia de la policía judicial y sin límites, mandato y duración de la entrada y registro.

³¹ En la que no hubo violación de este derecho en el curso de una inspección fiscal en la sede y sucursales de una empresa.

³² Sobre la vulneración que supuso la entrada en la sede de una empresa editora con el fin de descubrir quién fue el autor de un artículo en el que se discutía la violación del derecho a la intimidad de un tercero.

re en el caso de las personas jurídicas, precisamente por faltar esa estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario; esto es, el referido a la vida personal y familiar, solo predicable de las personas físicas. De suerte que, en atención a la naturaleza y la especificidad de los fines de los entes aquí considerados, ha de entenderse que en este ámbito la protección constitucional del domicilio de las personas jurídicas y, en lo que aquí importa, de las sociedades mercantiles, solo se extiende a los espacios físicos que son indispensables para que puedan desarrollar su actividad sin intromisiones ajenas, por constituir el centro de dirección de la sociedad o de un establecimiento dependiente de la misma o servir a la custodia de los documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento que quedan reservados al conocimiento de terceros».

Más adelante, en su FJ 5.º, define el domicilio de las personas jurídicas en sentido positivo y negativo a los efectos de las inspecciones y registros³³:

«Así pues, a la luz de la delimitación del ámbito especial de protección domiciliaria efectuada por el Tribunal Constitucional, tienen la consideración de domicilio, a efectos de la protección constitucional otorgada por el art. 18.2 CE respecto de las personas jurídicas, los lugares utilizados por representantes de la persona jurídica para desarrollar sus actividades internas, bien porque en ellos se ejerza la habitual dirección y administración de la sociedad, bien porque sirvan de custodia de documentos u otros soportes de la vida diaria de la sociedad o de su establecimiento y todo ello con independencia de que sea el domicilio fiscal la sede principal o la sede secundaria, exigiéndose en estos casos la autorización judicial o el consentimiento del interesado.

En cambio, no son objeto de protección los establecimientos abiertos al público o en que se lleve a cabo una actividad laboral o comercial por cuenta de la sociedad mercantil que no esté vinculada con la dirección de la sociedad ni sirva a la custodia de su documentación. Tampoco, las oficinas donde únicamente se exhiben productos comerciales o los almacenes, tiendas, depósitos o similares».

En definitiva, la garantía de los derechos de las empresas investigadas y las pautas a seguir por las autoridades de la competencia se basan en el concepto de domicilio descrito y en el seguimiento de las normas y principios sustantivos y adjetivos que rigen la importante y gravosa, para el administrado, facultad pública de la entrada y el registro en los locales y establecimientos de la empresa.

³³ Esta es una de las cinco sentencias dictadas por la misma Sección de la Sala 3.ª el mismo día sobre diversas inspecciones tributarias practicadas a una empresa de bazares, la cual pretendía la nulidad de las liquidaciones y sanciones tributarias basándose en la ilegalidad de la entrada y registro ejecutados por la Administración tributaria. Las otras cuatro tienen como clave del repertorio jurisprudencial: RJ 2010/3636, RJ 2010/3638, RJ 2010/3639 y RJ 2010/4721. En ese día 23 de abril de 2010 la Sección 2.ª dictó la sentencia con la reseña RJ 2010/3637 sobre un recurso de la misma empresa de bazares, cuyo objeto principal era la valoración de la prueba obtenida en las inspecciones tributarias. Esta última STS cuenta con dos votos particulares. Véase L. FELTRER RAMBAUD, *op. cit.*, 5, 2010.

4. LA RECIENTE JURISPRUDENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL Y EL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LAS INSPECCIONES DOMICILIARIAS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

Como hemos mostrado en la introducción a este trabajo, aumenta el número y la importancia de la actividad de las autoridades y organismos dedicados a la defensa de la competencia. Obviamente, las empresas implicadas suelen recurrir los distintos actos administrativos que les incumben, lo cual da lugar a una creciente jurisprudencia.

Una vez expuestos los rasgos principales del ordenamiento jurídico en cuestión, en el que hemos incluido varias referencias a la jurisprudencia dictada, exponemos las principales resoluciones jurisdiccionales en las que se han juzgado los actos de la CNMC relativos a la entrada en el domicilio de las empresas³⁴. El método elegido para exponerlas es el basado en las cuestiones de interés jurídico de las investigaciones domiciliarias, exponiendo su tratamiento con el comentario de las resoluciones judiciales oportunas, con el fin de exponer la doctrina al respecto.

A. LA ORDEN DE INVESTIGACIÓN DE LA AUTORIDAD DE LA COMPETENCIA

Toda actuación administrativa ha de estar lo suficientemente motivada y más aún cuando hablamos de que su objeto puede suponer la restricción de un derecho fundamental, no solo el de la inviolabilidad del domicilio, sino también el de la confidencialidad de los documentos. Ocurre, sin embargo, que en el difícil juego entre la garantía del derecho a la inviolabilidad del domicilio y la eficacia administrativa, la autoridad de competencia puede contar con pocos elementos de juicio a la hora de la entrada de un domicilio, pues la actividad empresarial colusoria se oculta y puede que deje muy pocos rastros en el exterior, para lo cual hay casos en los que estas órdenes son muy generales con la finalidad de que puedan recabar el mayor número de pruebas posibles.

Estas dificultades no suponen la aceptación de toda orden de investigación, ya que la jurisprudencia indica su contenido, finalidad y alcance.

³⁴ También son dignas de resaltar las sentencias sobre la revisión de la cuantía de las sanciones, desde el cambio jurisprudencial de graduación de las multas y la interpretación del art. 23 del Reglamento 1/2003 y el art. 63 de la LDC. Véase la numerosa jurisprudencia recaída sobre prácticas colusorias del sector bodeguero, la interpretación del volumen de negocio sobre el que calcular la sanción y su posible efecto disuasorio: SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 6 de marzo de 2013 (RJ 2013/217659); SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 21 de noviembre de 2013 (RJ 2013/366097); STS, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 30 de enero de 2015 (RJ 2015/402) y STS, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 9 de febrero de 2015 (RJ 2015/1626). Sobre un cártel en el transporte marítimo: STS, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 30 de enero de 2015 (RJ 2015/376); STS, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 30 de abril de 2015 (RJ 2015/2213); y la STS, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 4 de mayo de 2015 (RJ 2015/2221). Véase C. LILLO ÁLVAREZ, «La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, 15, 2014. Este interesante estudio analiza minuciosamente el cambio jurisprudencial del cálculo de las multas y ofrece el listado de expedientes de las empresas afectadas y, en su caso el nuevo cálculo.

La STS, Sala 3.^a, Sección 3.^a, de 10 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6370), dictada sobre una inspección de la CNMC sobre la patronal eléctrica³⁵, interpreta el art. 40 de la LDC, el art. 13.3 del RDDC³⁶ y el art. 20 del Reglamento europeo 1/2003, a la luz de la jurisprudencia europea³⁷, por la cual la indicación de la finalidad y objeto de la inspección son requisitos que se predicen de la garantía del derecho a la defensa de las empresas. Y si bien es cierto que la autoridad de la competencia no está sometida a la obligación de comunicarle al destinatario todos los datos que obran en su poder sobre las supuestas infracciones, ni a delimitar con precisión el mercado de referencia, ni a proceder a una calificación jurídica exacta de dichas infracciones, ni a indicar el periodo durante el cual se habrían cometido las mismas lo que puede desvirtuar e impedir la finalidad de la inspección, es un deber administrativo precisar con el mayor detalle posible qué es lo que se busca y los datos acerca de los que se debe practicar la inspección, bajo la base de los indicios mejor fundados. Esta precisión de la orden de investigación implica que no pueda remitirse sin más a la resolución de la autoridad de competencia, sino que el contenido ha de aparecer de forma expresa, negándose la validez de la motivación *in aliunde* o referencial.

A la luz de esta jurisprudencia europea, el TS llega a la conclusión de que la orden de investigación «salvo la genérica referencia a una posible coordinación de estrategias empresariales aptas para producir efectos restrictivos sobre la competencia, nada se especifica en la Orden de Investigación sobre el objeto y la finalidad de la inspección que allí se acuerda, o, por utilizar la expresión de la STJUE de 25 de junio de 2014 (TJCE 2014/230, asunto C-37/13 P) antes citada, nada se concreta en la Orden acerca de qué es lo que se busca y los elementos sobre los que debe versar la verificación».

Estos criterios los recoge también la STS, Sala 3.^a, Sección 3.^a, de 16 de enero de 2015 (RJ 2015/397), acerca de una orden de investigación sobre la actividad de una empresa de obras y servicios. El TS admite en el FJ 2.º de esta sentencia que la orden de investigación fue redactada de forma muy general, pero que cumplía los requisitos³⁸ exigidos por el RDDC. En este caso,

³⁵ Esta STS cuenta con un voto particular que discrepa de la anulación de la sanción impuesta a la patronal eléctrica al entender que sí se habían cumplido los requisitos.

³⁶ Los inspectores han de portar una autorización del director de investigación en la que conste el objeto y la finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en la que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma.

³⁷ Sentencia del Tribunal General de la UE, Sala 4.^a, de 25 de noviembre de 2014 (asunto T-402/13).

³⁸ «[...] la orden de investigación permite identificar a los recurrentes los elementos esenciales previstos en el art. 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia, en particular el objeto y la finalidad de la inspección. Así además de relacionar el personal de la CNC autorizado para realizar la inspección e identificar a la empresa objeto de inspección (incluyendo la dirección de su domicilio social) y señalar la fecha de realización de la citada inspección, se define el objeto y la finalidad de la misma indicándose expresamente que la DI ha tenido acceso a “determinada información” según la cual determinadas empresas habrían podido incurrir en “posibles” prácticas anticompetitivas en el mercado de contratación, suministro y ejecución de obras para clientes públicos y/o particulares, consistentes en la fijación de precios y de condiciones comerciales o de servicio, así como en el reparto de mercado en el territorio nacional y que, por tanto, el objeto de la inspección es verificar la existencia,

la inspección se realizó en un momento anterior, el de la «información reservada», cuando no se cuenta con una información muy precisa de la actividad empresarial, de ahí la vaguedad de algunos elementos de la orden de inspección, contexto que hay que tener en mente para valorar su licitud y el efecto útil de la actividad administrativa, por lo que la CNMC solo está obligada a proporcionar a la empresa el objeto, la finalidad y el alcance de la inspección.

Esta defensa de una concreción suficiente se recoge también en la STS, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 1 de junio de 2015 (RJ 2015/161642), que anula una sanción basada en una orden de investigación sumamente genérica sobre una compañía de transporte marítimo. Esta sentencia, que casa la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª de 23 de diciembre de 2013, dice en su FJ 8.º: «De lo anteriormente expuesto, se desprende que los criterios y parámetros manejados en la Sentencia de la Audiencia Nacional en el enjuiciamiento de las Órdenes de Investigación no se ajustan a la normativa y la jurisprudencia aplicables en cuanto confirma la legalidad de las Órdenes afirmando que contenían suficiente información “sin necesidad de mayores concreciones, tanto en el ámbito objetivo como temporal” a lo que añade, máxime cuando las ordenes “determinan la fecha y las inspecciones duran solo un día en Palma de Mallorca y dos días en el, caso de Madrid”, que las Órdenes no contienen las mínimas especificaciones exigibles, en relación al objetivo y finalidad de la investigación en las sedes de las compañías recurrentes. La Sala considera bastante, pues, la genérica referencia a una posible infracción de la Ley de Defensa de la Competencia, y la amplia delimitación del objeto, que se refiere al “transporte marítimo regular de pasaje de vehículos en régimen de pasaje y carga”. Expresiones, estas, que no concretan ni permitieron conocer a las sociedades afectadas que era lo que se estaba investigando ni los elementos sobre los que se iba a realizar la investigación, y por esta indefinición de las Órdenes impide que puedan cumplir el cometido de constituir una verdadera garantía del derecho de defensa de las empresas afectadas».

Como vemos, la idea de corrección y proporcionalidad de la actuación está muy presente en la jurisprudencia. Esta cuestión parece de nuevo en la STS, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 17 de marzo de 2015 (RJ 2015/2104), recaída sobre una sanción a varias empresas de transportes terrestres. Como elemento destacable, diferencia nítidamente entre la previa «información reservada» y la posterior, en su caso, «incoación del expediente sancionador», sometido este a las garantías y criterios del Derecho administrativo sancionador, regulados en esta materia por el art. 49.2 de la LDC y el art. 28 del RDDC³⁹, de ahí que las exigencias de la información reservada sean mucho más laxas.

en su caso, de actuaciones de la entidad que podrían constituir prácticas restrictivas prohibidas por el art. 1 de la LD, consistentes, en general, en acuerdos para el reparto de mercado, la fijación de precios, la fijación de condiciones comerciales, así como cualquier otra conducta que pudiera contribuir al cierre de los mercados de contratación, suministro y ejecución de obras».

³⁹ El TS en el FJ 3.º rechaza la idea de que esta regulación por ley ordinaria y reglamentaria vulnere la reserva de ley orgánica del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio del art. 53

B. EL CONSENTIMIENTO DEL TITULAR Y LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL DE ENTRADA Y REGISTRO

La entrada y, en su caso, el registro, al llevarse a cabo en inmuebles ajenos calificados como «domicilios», necesitan o el consentimiento del titular o la autorización pertinente del juez de lo contencioso-administrativo. Se ha discutido si es posible el que estos dos permisos son consecutivos, es decir, si la autorización judicial de entrada y/o registro ha de darse posteriormente a la negativa del titular del domicilio o si, en cambio, se puede actuar desde un primer momento.

La sentencia del Tribunal Supremo que acabamos de comentar (STS, Sala 3.^a, Sección 3.^a, de 17 de marzo de 2015 —RJ 2015/2104—) interpreta las facultades de inspección del derogado art. 40 de la LDC, materia regulada ahora por el art. 27 de la LCNMC. La clave está en la interpretación de la expresión «en su defecto» al hablar del consentimiento del afectado o la correspondiente autorización judicial acerca de la entrada en el domicilio y locales empresariales, el precintado de estos y de los documentos. El TS afirma que esta disyuntiva no se predica de modo que se entienda que son actos sucesivos, donde a falta de un primer consentimiento del responsable de la empresa haya que recabar posteriormente la oportuna autorización judicial, cuestión que ha sido discutida en ocasiones con el fin de lograr la invalidación de la entrada y registro. Por tanto, es plenamente lícito irrumpir en los locales y domicilio empresariales con la autorización judicial oportuna sin que medie el consentimiento previo del interesado.

Este mismo criterio se recoge en la STS, Sala 3.^a, Sección 3.^a, de 15 de junio de 2015 (RJ 2015/177940), sobre una inspección realizada a la patronal y a diversas empresas de productos de peluquería y cosmética. Su FJ 5.º dice: «[...] no es acertado entender que la expresión “en su defecto” contenida en el art. 40.2 de la Ley de Defensa de la Competencia supone que necesariamente ha de intentarse la entrada con carácter voluntario antes de solicitar la autorización judicial. La locución tan solo supone que, de no haber consentimiento, este puede ser suplido por la autorización judicial, no que exista una suerte de procedimiento en fases sucesivas», correspondiendo a la autoridad de la competencia elegir el método más adecuado. Asimismo señala: «El hecho de que se haya denegado la autorización judicial para la entrada no constituye un obstáculo insalvable para que posteriormente se intente la entrada consentida por el empresario inspeccionado. Puede ocurrir, entre otros, que la autorización judicial haya sido denegada por razones puramente procesales, o simplemente porque no se han aportado ante el juez los datos necesarios para apreciar en ese momento la necesidad de la entrada en domicilio. Tanto en uno como en otro supuesto, la denegación por el juez no supondrá un juicio definitivo y firme con fuerza de cosa juzgada sobre la pertinencia de la entrada en el domicilio empresa-

CE, con apoyo en jurisprudencia constitucional. Distingue entre el contenido de la inspección regulado por el art. 13.3 del RDDC y el derecho a la inviolabilidad del domicilio que protege el alcance de la inspección.

rial, sino simplemente la constatación de que al tiempo en que la petición de autorización judicial se formula, o bien no se han seguido las formalidades adecuadas, o bien no se han suministrado en ese preciso momento los elementos de juicio necesarios; siendo tanto uno como el otro obstáculo salvables por una diligente actuación posterior que replantee la cuestión salvando las deficiencias observadas».

En todo caso, el consentimiento para ser «expreso» ha de corresponder en plenitud de conocimiento sobre aquello para lo que se pide la autorización, mientras que el carácter de «previo» significa que se ha de prestar antes del inicio material de las inspecciones, sin que la mera comparecencia de los inspectores en el domicilio de la empresa para comunicar un acto de inspección sea un acto de inspección, sino algo anterior a esta. La inspección en sentido estricto comenzará cuando se obtenga el consentimiento. El carácter de «expreso» se refleja cuando conste en el acta de inspección que la empresa ha sido informada del objeto, fin, circunstancias y alcance de la investigación, ha franqueado el paso, ha colaborado con los inspectores y ha firmado dicho acta sin salvedades. Esas «circunstancias» son datos relevantes a la hora de juzgar la validez de la inspección. En este supuesto de la sanción al gremio y empresas de productos de peluquería, resultó que se denegó por el juez la autorización para proceder a la inspección en el domicilio de las empresas, algo que se les ocultó, considerando el TS que este importante hecho faltaba a las exigencias de lealtad, buena fe y transparencia, lo que vició el consentimiento de los interesados, con resultados vitales para la actividad de la CNMC.

Por otra parte, la STS, Sala 3.^a, Sección 3.^a, de 16 de junio de 2015 (RJ 2015/165976), dictada sobre el recurso de una empresa de dentífricos y productos de baño contra la actividad inspectora de la CNMC, establece que los requisitos del consentimiento de la empresa para la entrada y registro de los inspectores cuentan con un carácter más débil que los exigidos a la autorización judicial porque, citando jurisprudencia constitucional en el FJ 1.º, «no solo en defecto de consentimiento del titular sino también en contra de él puede la autoridad pública penetrar en el domicilio si está habilitada a tal efecto por una autorización judicial».

Por tanto, la autorización judicial habrá de delimitar el ámbito material de la inspección y si no es así, las facultades de los inspectores se remiten a la orden de investigación y a la solicitud de la autoridad administrativa, que como sabemos, han de guiarse por el principio de proporcionalidad, idoneidad y necesidad⁴⁰: «El juicio sobre la proporcionalidad descansará

⁴⁰ Se basa el TS en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Véanse SSTE-DH de 21 de diciembre de 2010 (caso *Sociedad Canal Plus y otros contra Francia*), y 2 de abril de 2015 (caso *Vinci Construction y GTM Génie Civil et Services contra Francia*), sobre las visitas domiciliarias en los locales de empresas, que tienen por objeto la búsqueda de pruebas de prácticas colusorias posiblemente imputables a las mismas: deben ser proporcionadas al legítimo objetivo perseguido, en el sentido de que solo se autoriza la incautación de aquellos documentos que sean relevantes para la consecución de los objetivos de la investigación, quedando proscritas las pesquisas masivas o indiscriminadas, debiendo respetarse por los agentes públicos autorizados a llevar a cabo las pesquisas,

por tanto en primer lugar sobre los hechos investigados tal y como fueron especificados en las Órdenes de Investigación puesto que el auto judicial no realiza puntualizaciones, y teniendo en cuenta que según el TJUE la facultad de los inspectores comporta la posibilidad de buscar elementos de información diversos aún no conocidos o aún no plenamente identificados. Esta precisión debe entenderse en todo caso no como una autorización a los funcionarios de inspeccionar sin limitación alguna los lugares objeto de la autorización judicial o del consentimiento prestado por el titular ante una orden de investigación: debe entenderse a juicio de esta Sala que los inspectores pueden buscar elementos de información aún no conocidos o identificados plenamente con sometimiento a las limitaciones que impone el objeto de la Inspección o en su caso el auto judicial autorizando la entrada y registro. Lo fundamental es que la copia o la incautación de documentos se realice dentro de los límites establecidos por la Orden de Investigación y en su caso por el auto judicial». Y de modo más importante para la defensa de las empresas: «El carácter perentorio de un registro y la lucha contra los cárteles no justifica el que se desborden los límites de la autorización judicial: si el auto del juez autoriza a los inspectores a llevarse absolutamente todo lo que se halla en la sede física o informática de la empresa, la inspección podrá llevarse todo. El control de la legalidad de la resolución judicial en la correspondiente vía de recurso determinará, en su caso, si es ajustado a Derecho».

C. LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA OBTENIDA EN LAS INVESTIGACIONES

Una de las primeras cuestiones que hemos de tener en cuenta es que de los documentos de todo tipo obtenidos por los inspectores no todos pueden ser valorados como prueba. Junto al requisito de que no se hayan obtenido indebidamente de forma indiscriminada, obviándose el objeto, la proporcionalidad y la finalidad de la pesquisa, el que se consideren como prueba no ocurre hasta que no se incorporen al expediente, solo en el cual podrá valorarse las oportunas consecuencias capaces de desvirtuar la presunción de inocencia que preside el procedimiento sancionador.

La SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.^a, de 23 de marzo de 2015 (JUR 2015/104437) trata de varias sanciones impuestas a compañías eléctricas por la imposición de obstáculos al cambio de comercializador por parte de los clientes, facultad reconocida por la liberalización del sector. Una de las cuestiones principales debatidas en este caso es la valoración de la prueba obtenida vulnerando derechos fundamentales como la inviolabilidad del domicilio. En la sentencia se afirma que la prueba obtenida así, aunque no cuente con reconocimiento constitucional, atenta contra la idea de un proceso justo y debe considerarse prohibida por

de forma efectiva, las garantías procedimentales previstas en la Ley habilitante, de modo que cuando se incumplan dichos presupuestos cabe entender que se ha producido una injerencia ilegítima en el núcleo protegido por este derecho.

la CE (FJ 3.º)⁴¹, prohibición que se dirige tanto a los resultados de la investigación como a cualquier otra prueba derivada de la pesquisa siempre que exista conexión causal entre los resultados probatorios.

Lo dicho trae de suyo que se puedan admitir excepcionalmente como prueba hechos que aunque deriven de la vulneración del derecho fundamental puedan aportar otra serie de conocimientos que se consideren jurídicamente independientes. Es decir, estamos ante las llamadas «pruebas derivadas», residiendo el problema en la relación que las mismas pudieran tener con una prueba viciada en origen completamente autónoma y distinta de la obtenida ilegalmente, o incluso, en el supuesto de que no guarde con la misma un vínculo directo, lo que le exime del vicio de nulidad. Sin embargo, esta doctrina no es de aplicación al caso: Esta cuestión es importante porque la orden de investigación y las acciones inspectoras fueron anuladas por la STS, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 10 de diciembre de 2014 (RJ 2014/6370)⁴², principalmente porque el contenido de la resolución del Consejo de la CNC no apareció reproducido en la orden de investigación, careciendo esta, por tanto, de la debida fundamentación, siendo la prueba de cargo empleada por la CNC la única prueba que dicho organismo tomó en consideración para imponer la sanción (FJ 4.º de esta SAN). De ahí la nulidad derivada de la sanción.

La SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 23 de enero de 2015 (JUR 2015/49922), resuelve el recurso contra una orden que autorizaba la entrada y registro de una empresa de hidrocarburos, siendo la cuestión principal si esta tenía por destino dos segmentos diferentes del mercado de combustibles y si las pruebas obtenidas en un expediente sobre prácticas colusorias horizontales en este sector podrían emplearse para otro en el que se investigaban las prácticas denominadas verticales entre las empresas del mismo grupo y los minoristas. La AN recurre a la jurisprudencia constitucional⁴³ y se acoge a la siguiente doctrina acerca del valor probatorio de los documentos obtenidos en las entradas y registros⁴⁴:

- a) Los documentos aprehendidos han de ser útiles para esclarecer los hechos investigados.
- b) Los documentos incautados no deben serlo en fraude de las garantías constitucionales, pues en tal caso la prueba obtenida en virtud de ellos es ilícita.
- c) La finalidad de la entrada y registro en domicilio viene referida a determinados hechos que pudieran ser constitutivos de infracción administrativa.
- d) La autorización de entrada encierra un examen de proporcionalidad que considera la gravedad de los hechos investigados.

⁴¹ SSTC 81/1998, de 2 de abril (RTC 1998/81) y 69/2001, de 17 de marzo (RTC 2001/69).

⁴² Esta STS de 10 de diciembre de 2014 sirve también de fundamento para casar la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 24 de marzo de 2015 (JUR 2015/100624), dictada a instancias de otra compañía eléctrica objeto de la misma investigación por la autoridad de la competencia.

⁴³ SSTC 41/1998 (RTC 1998/41) y 14/2001 (RTC 2001/14), entre otras muchas.

⁴⁴ SSTC 49/1999 (RTC 1999/49) y 166/1999 (RTC 1999/166).

- e) El registro tiene como finalidad buscar pruebas de tales hechos.
- f) La causa justificativa de la entrada y registro es la investigación de la infracción administrativa, que se fundamenta radicalmente en los hechos investigados, sobre los que gira la orden de entrada y registro.

Con estos fundamentos, la AN valora positivamente las pruebas obtenidas y afirma que la empresa inspeccionada dio su consentimiento a la entrada y registro, a la vez que acoge el que la orden de investigación era muy amplia y abarcaba la coordinación comercial horizontal y vertical, por lo que desestima el recurso interpuesto por la empresa contra las resoluciones de la CNMC.

Las prácticas colusorias implican de por sí la presencia de dos o más empresas que, de modo coordinado, atentan a la libre competencia. Por ello, es posible que los documentos obtenidos en la inspección a una empresa den lugar a un expediente distinto del incoado a otra empresa por cuestiones muy similares. Por consiguiente, ha de distinguirse el valor probatorio de las diferentes pesquisas y si lo probado en algunas influye asimismo en el resto de expedientes.

Este es el supuesto de sendas sentencias del Tribunal Supremo dictadas sobre la actividad de dos compañías navieras. Una de ellas ya la hemos comentado más arriba acerca de la orden de investigación⁴⁵, cuyo recurso logró la anulación de las resoluciones de la CNC. La otra sentencia⁴⁶, la STS, Sala 3.^a, Sección 3.^a, de 1 de junio de 2015 (RJ 2015/162483) se refiere a un caso en el que la empresa objeto de la primera está relacionada con otra por actividades del reparto del mercado del transporte por *ferries*. En el caso de este cártel se discute si la denegación del valor probatorio de las inspecciones domiciliarias y de los datos obrantes en autos afecta a los del segundo supuesto. Así, el FJ 3.º de esta sentencia recoge que «la recurrente entiende que al haber sido practicadas merced a órdenes de investigación extendidas en los mismos términos que las que han sido anuladas, han de ser consideradas igualmente inválidas. Pero no es posible admitir semejante consecuencia de forma mecánica» y da la razón a la empresa cuando al hacer una valoración conjunta del material probatorio resulta indiscernible el peso que la Sala de instancia había dado a los documentos de las distintas fuentes (las inspecciones de las dos sedes empresariales, las declaraciones y los documentos aportados en la solicitud de clemencia de la recurrente). El TS, de modo concluyente afirma: «Así pues, la imposibilidad de separar el peso y relevancia respectiva otorgados por la Sala de instancia a los datos inextricablemente enlazados entre sí, y el hecho cierto que a los obtenidos en las inspecciones de las sedes [...] no es posible otorgarles valor alguno, hacen que se produzca la insuficiencia probatoria aducida por la recurrente», prevaleciendo la presunción de inocencia.

⁴⁵ STS, Sala 3.^a, Sección 3.^a, de 1 de junio de 2015 (RJ 2015/161642).

⁴⁶ Se ha dictado una tercera STS sobre este cártel y el recurso a la resolución sancionadora objeto de otro expediente: STS, Sala 3.^a, Sección 3.^a, de 27 de febrero de 2015 (RJ 2015/1418), que anuló las inspecciones en la sede de una de las navieras.

Los argumentos de las empresas objeto de inspección y de expedientes sancionadores algunas veces intentan aducir que los distintos actos de investigación de las autoridades de competencia han de valorarse de forma aislada y no en su conjunto, frente a la pretensión contraria de la Administración. La STS, Sala 3.^a, Sección 3.^a, de 22 de junio de 2015 (RJ 2015/3420), sobre la participación en prácticas restrictivas de la competencia en licitaciones⁴⁷ de carreteras de una empresa de obras públicas, incluye la interpretación de que los distintos medios probatorios recabados en actos diferentes han de ser aceptados para desvirtuar la presunción de inocencia de la empresa, sin que quepa alegar por la sancionada que hayan de ser obtenidos en un mismo acto (FJ 1.^o). De este modo, se dan por válidas las pruebas obtenidas según progresa la investigación y se descubren hechos relacionados entre sí sobre distintas licitaciones celebradas en diversos lugares del territorio nacional por organismos públicos sitos en diversas provincias a las que se presentan empresas que no son siempre las mismas «porque eran en todo caso licitaciones públicas, el ingreso ilícitamente obtenido lo era a cargo de fondos públicos, el sistema organizado por las empresas válido y similar en todos los casos». Es decir, de acuerdo con una abundante jurisprudencia europea⁴⁸, el TS se remite a la credibilidad necesaria para valorar las pruebas que residen en las circunstancias concretas de cada caso y aquí se aprecia una patente actividad colusoria basada en indicios concordantes.

D. LA CADUCIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES DE LA COMPETENCIA

El procedimiento de investigación está sometido a plazos de caducidad en los que es posible su suspensión (véanse con detalles los múltiples requisitos de los arts. 36 y 37 de la LDC y el art. 12 del RDDC). La ya comentada STS, Sala 3.^a, Sección 3.^a, de 22 de junio de 2015 (RJ 2015/3420), sobre la participación en prácticas restrictivas de la competencia en licitaciones de carreteras por parte de una empresa de asfaltos se detiene con detalle en cuanto a la alegación de la empresa de que la CNC había incurrido en la caducidad del procedimiento sancionador.

El TS desglosa la normativa aplicable, distinguiendo la suspensión para la aportación de nuevas pruebas tanto en la fase de instrucción como de resolución en defensa de los intereses de la mercantil y en relación con los diversos expedientes incoados respecto de cada una de las integrantes del cártel. A este respecto, la Sala desestima la pretensión de la recurrente

⁴⁷ Las Administraciones públicas desempeñan como operadores económicos un papel de gran importancia en el libre ejercicio de la competencia. Véase J. E. SORIANO GARCÍA, «Público y privado en Derecho de la competencia», en M. PEDRAZ CALVO (coord.), *El Derecho europeo de la competencia y su aplicación en España. Liber Amicorum en homenaje a Santiago Martínez Lage*, Madrid, La Ley, 2014. Sobre la contratación pública y la problemática relación con la libre competencia de las empresas adjudicatarias, véase M. PEDRAZ CALVO, «Los contratos públicos y la defensa de la competencia», en J. GUILLÉN CAMARÉS (dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Madrid, Thomson Reuters, 2011.

⁴⁸ Como la STGUE *Siemens/Comisión*, de 3 de marzo de 2011 (TJCE 2011/40).

y afirma que (FJ 1.º): «[...] el periodo por el que se acuerda la suspensión alcanza, en su caso, a la finalización del periodo que se conceda para formular alegaciones a los interesados, cuando, como es el caso, se ha acordado la realización de actuaciones complementarias. Y el hecho de que unos las realicen y otros no, o que cada uno disponga de un periodo (por solicitarse por algunos y conceder la CNC la ampliación del plazo), no autoriza a considerar que, en el marco de un único expediente, la duración de este deberá computarse individualizadamente. Siendo único el expediente, si la CNC acuerda la suspensión, esta afecta a todos los expedientados y cuando acuerda el levantamiento, este igualmente afecta a todos. Por otra parte, y en contra de lo alegado por la recurrente, no se trata de que la suspensión del plazo máximo se haya extendido al periodo de valoración del resultado de las pruebas y actuaciones complementarias practicadas, sino que, como se ha visto, se trata de dar a las partes la posibilidad de formular alegaciones, siendo conforme a derecho que el levantamiento se acuerde una vez finalizado el periodo para formular las referidas alegaciones. Esta conclusión encuentra por otra parte su fundamento en el principio de seguridad jurídica».

Algunas veces los plazos de caducidad y su recuento pueden ocasionar problemas de interpretación, incluso por muy poco tiempo, pero que son vitales para los intereses públicos y privados enfrentados. En la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, de 25 de marzo de 2015 (JUR 2015/99627) y la SAN de la misma Sala, Sección y fecha acerca del recurso de otra empresa eléctrica (JUR 2015/100761)⁴⁹, sobre prácticas colusorias en cuanto a la comercialización de la energía, estas alegaban la caducidad del procedimiento sancionador al haberse sobrepasado los plazos incluso con las suspensiones causadas por diversas actuaciones de la Dirección de Investigación ante el Consejo de la CNC, la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión Europea.

El cálculo de los días giró de hecho sobre la inclusión como días naturales del tiempo transcurrido como suspensión del procedimiento, de acuerdo con el art. 12.3 del RDDC: «En los casos de suspensión del plazo, el día final del plazo se determinará añadiendo al término del plazo inicial, los días naturales durante los que ha quedado suspendido el plazo». De este modo y tras una prolija explicación de las fechas aplicables, que evitamos para no lastrar esta exposición, resultó que por un solo día (FJ 6.º de ambas sentencias) había caducado el expediente sancionador.

E. LA OBSTRUCCIÓN A LA LABOR INVESTIGADORA DE LAS AUTORIDADES DE LA COMPETENCIA

La STS, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 29 de enero de 2015 (JUR 2015/242), dictada en recurso de casación para unificación de la doctrina, versó sobre

⁴⁹ En cuanto al fondo del asunto, estas cuestiones fueron estudiadas por la STS, Sala 3.ª, Sección 3.ª, de 10 de diciembre de 2014 (JUR 2014/6370) ya comentada en varias ocasiones en este trabajo.

el recurso de dos empresas navieras ante la sanción de la CNC por obstrucción de su labor investigadora del art. 62.2.e) de la LDC⁵⁰, multa que fue reducida a cerca de una quinta parte por la SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, de 1 de marzo de 2013 (RJCA 2013/175), que a su vez fue recurrida al considerar las empresas que se contradecía con la jurisprudencia anterior del TS y del TSJ de Valencia⁵¹.

El TS entiende que los hechos que motivaron la sanción han de valorarse en su conjunto y que en resumen exponemos con el interés de ilustrar el caso y el modo en que pueden presentarse los acontecimientos de una inspección (FJ 2.º):

En primer lugar, la dilación injustificada y notoria del comienzo de la inspección tuvo como causas la falta de personación en la sede del director de la empresa, el retraso en la comunicación de instrucciones por el Departamento jurídico, la demora en la comparecencia del director financiero, la decisión de eludir y delegar la responsabilidad de firmar y la instrucción del departamento jurídico de no firmar hasta contar con asistencia letrada presente en la sede. Solo ante la advertencia de un delito de desobediencia a la autoridad judicial y una negativa a facilitar el acceso a la empresa con la ayuda policial, el Departamento jurídico dio la orden de firmar el recibí. Concluye que no solo es la demora sino las constantes negativas y evasivas las que han permitido convertir una inspección sorpresiva en una inspección previamente anunciada, con los perjuicios que ello supone para la labor inspectora.

En segundo lugar, la documentación requerida fue entregada con retraso y de forma incompleta, pues transcurrieron más de tres horas desde la primera solicitud del organigrama de la empresa hasta que se entregó de forma completa y correcta. La finalidad radica en la necesidad de que la inspección pudiese conocer la organización básica de la compañía inspeccionada para saber dónde dirigir sus pesquisas, pues bien, tras señalarse que no se disponía de un organigrama previamente elaborado se solicitó que se entregase de forma manuscrita al iniciar la inspección y se volvió a solicitar posteriormente, requerimiento que tampoco fue atendido bajo pretexto de requerir autorización para dar información sobre la empresa; tras el oportuno apercibimiento, el director financiero redactó un organigrama manuscrito, con un carácter extraordinariamente simple faltando en el mismo el delegado de la Compañía de Algeciras, pero es que, exigida una relación nominal de los trabajadores de la compañía esta se acompañó de forma incompleta omitiendo al director regional y al delegado de la Compañía de Algeciras.

⁵⁰ «La obstrucción por cualquier medio de la labor de inspección de la Comisión Nacional de la Competencia. Entre otras, constituyen obstrucción a la labor inspectora las siguientes conductas: 1.º No presentar o hacerlo de forma incompleta, incorrecta o engañosa, los libros o documentos solicitados por la Comisión Nacional de la Competencia en el curso de la inspección. 2.º No responder a las preguntas formuladas por la Comisión Nacional de la Competencia o hacerlo de forma incompleta, inexacta o engañosa. 3.º Romper los precintos colocados por la Comisión Nacional de la Competencia».

⁵¹ Antecedente de hecho 2.º

En tercer lugar las comunicaciones informáticas se interrumpieron súbitamente lo cual impidió el acceso de los inspectores a la información de correo electrónico alojada en los servidores de la sede central en Madrid. Durante 45 minutos y durante dicha interrupción no pudo contarse con la asistencia del responsable de informática por encontrarse ausente de la misma, retrasando su personación durante una hora, pese a manifestar que acudiría a la mayor brevedad. Se trató de un apagón informático de una magnitud y duración no habitual en una compañía que, entre otros aspectos, ofrece sus servicios comerciales de transporte marítimo a través de la red.

La rapidez de los acontecimientos puede seguirse así: en cuanto a la incomparecencia del director regional durante toda la jornada de la inspección, a pesar de que su presencia fue requerida repetidamente por el inspector, con objeto de acceder a la documentación almacenada en su ordenador portátil y solicitarle explicaciones sobre la misma, se destaca que este director tuvo conocimiento de la inspección por vía telefónica a las 09:45 horas, hecho no solo recogido en el acta, sino reconocido por la empresa en sus alegaciones, cuando se encontraba en un seminario en Algeciras. Ante las repetidas solicitudes por el inspector para su comparecencia junto con su ordenador portátil, la empresa realizó diversas alegaciones tales como que se encontraba de camino a la sede o que tenía desconectado su móvil, hasta se desplazó a un empleado al lugar donde se celebraban las jornadas habiéndose ausentado el director de las mismas para acudir a Gibraltar, incluso la empresa ofreció desplazar allí a un trabajador para contactar y recabar su presencia en la sede, aunque tres horas después no se dio ninguna respuesta. La inspección concluyó a las 21:45 horas sin que el director compareciera, la sentencia añade finalmente de esta manera al relato de la inspección.

Las empresas sancionadas basaron su recurso en distinguir entre la obstaculización y la frustración de la labor investigadora, pues el retraso no estaría expresamente tipificado en el art. 62.2.e) de la LDC, lo cual vulneraría el principio de tipicidad y la prohibición de la analogía en el Derecho sancionador. Sin embargo, el TS entiende que no se sanciona el retraso sino la manera en que se obstaculizó la labor inspectora y las reiteradas peticiones y advertencias de la CNC, siendo indiferente el que se quiera distinguir entre el obstaculizar o el frustrar realmente la inspección, pues la norma no se exige que se logre impedir la inspección: «La Sala considera que las diversas actuaciones de dilación, evasivas y engaños son una forma de obstrucción a la labor inspectora que tiene pleno encaje en la infracción descrita por el art. 62.2.e)».

Ante el argumento de la empresa de que la obstaculización ha de ser trascendente, criterio que acoge el Tribunal, este examina sus requisitos temporales en relación con el éxito de la inspección y confirma la importancia de comenzar las actuaciones de forma inmediata a la notificación de la orden de investigación, pues la documentación que constituya prueba de conductas prohibidas por la LDC al conservarse digitalmente pueden ser destruidos o transportados a otros lugares con facilidad, por lo que el tiempo juega en una inspección de carácter sorpresivo, dada la facilidad

con que pueden ser trasladados o destruidos. A todo ello, el TS le suma la valoración de las circunstancias concretas del caso (FJ 3.º), cuyas características ya hemos puesto de manifiesto, claramente entorpecedoras de la labor investigadora, por lo que rechaza el recurso de las navieras.

5. CONCLUSIONES

Tras el análisis del régimen jurídico de las inspecciones domiciliarias por parte de las autoridades de la competencia nacionales llegamos a la conclusión de que las presunciones e indicios a partir de los cuales puede solicitarse el consentimiento de la empresa para inspeccionar sus sedes y proceder al registro correspondiente se encuentran limitados por el ejercicio del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.

Este planteamiento general ha de ponderarse en cuanto al objeto, fin y proporcionalidad de las pesquisas administrativas y teniendo en cuenta las obligaciones que las empresas tienen de colaborar con la CNMC y el resto de autoridades de la competencia. En este trabajo hemos querido dejar constancia de la última doctrina emanada del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional, que a su vez recogen una importante casuística.

6. BIBLIOGRAFÍA

- CANO CAMPOS, T. (2010): «Presunción de veracidad (y principio de libre valoración de la prueba)», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho administrativo*, La Ley.
- (2013): «La presunción de veracidad de las actas de inspección», en DÍEZ SÁNCHEZ, J. J. (coord.), *Función inspectora*, Madrid, INAP.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (2013): *Memoria de actividades 2012-2013*, Madrid.
- FELTRER RAMBAUD, L. (2010): «La inviolabilidad del domicilio y las inspecciones administrativas en materia de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y la Competencia*, 17.
- GARCÍA URETA, A. M.^a (2008): *La potestad inspectora en el Derecho comunitario*, Madrid, Iustel.
- (2012): «Protección del domicilio en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: el caso de los despachos de abogados», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Madrid, Civitas.
- GUILLÉN CARAMÉS, J. (2010): «Las investigaciones domiciliarias y el derecho a la confidencialidad en el Derecho de la competencia», en BACHES OPI, S. (dir.), *La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia. Balance de su aplicación*, Madrid, La Ley.
- (2012): «Derecho a la tutela judicial efectiva de las empresas v. eficacia de las inspecciones en el Derecho europeo de la competencia (a propósito de la STJUE Azko. c. Comisión, de 14 de septiembre de 2010)», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y ALONSO GARCÍA, R. (coords.), *Administración y justicia: un análisis jurisprudencial. Liber Amicorum Tomás-Ramón Fernández*, Madrid, Civitas.

- LAGUNA DE PAZ, J. C. (2009): «Las potestades administrativas de investigación en materia de defensa de la competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, 5.
- LILLO ÁLVAREZ, C. (2014): «La Audiencia Nacional ante las sanciones impuestas por la CNMC en aplicación de la Ley 1572007, de Defensa de la Competencia», *Revista de Derecho de la Competencia y Distribución*, 15.
- MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. (2012): «El principio de proporcionalidad en el Derecho de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y la Competencia*, 17.
- ORTEGA BERNARDO, J. (2015): «La europeización de la administración que aplica el derecho de defensa de la competencia. ¿Hasta qué punto influye el derecho europeo en la configuración de su estructura organizativa, en su procedimiento y en el contenido de sus decisiones?», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 170.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2014): «Las peculiaridades de la actuación investigadora de la Comisión de los Mercados y de la Competencia: la STS de 30 de septiembre de 2013», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 9.
- PEDRAZ CALVO, M. (2011): «Los contratos públicos y la defensa de la competencia», en GUILLÉN CAMARÉS, J. (dir.), *Derecho de la competencia y regulación en la actividad de las Administraciones Públicas*, Madrid, Thomson Reuters.
- SANTAMARÍA DACAL, A. I. (2012): «Poderes reforzados de la Comisión versus derechos de las empresas en los procedimientos de Derecho de la Competencia», en SORIANO GARCÍA, J. E. (dir.), *Procedimiento administrativo europeo*, Madrid, Civitas.
- SORIANO GARCÍA, J. E. (2007): *La defensa de la competencia en España*, Madrid, Iustel.
- (2014): «Público y privado en Derecho de la competencia», en PEDRAZ CALVO, M. (coord.), *El Derecho europeo de la competencia y su aplicación en España. Liber Amicorum en homenaje a Santiago Martínez Lage*, Madrid, La Ley.
- VELASCO CABALLERO, F., y PASTOR-MERCHANTE, F. (2015): *The public administration of the internal market*, Groningen, Europa Law Publishing.

1. UNIÓN EUROPEA

Alemania: Bundeskartellamt

<http://www.bundeskartellamt.de/>

Alemania: Monopolkommission

<http://www.monopolkommission.de/>

Austria: Bundeskartellanwalt

<http://www.justiz.gv.at/internet/html/default/8ab4a8a422985de30122a92c3e89637f.de.html>

Austria: Bundeswettbewerbsbehörde

<http://www.en.bwb.gv.at/Seiten/default.aspx>

Bélgica: Autorité belge de concurrence

<http://economie.fgov.be/fr/entreprises/concurrence/>

Bulgaria: Commission on Protection of Competition

<http://www.cpc.bg/Default.aspx>

Chipre: Commission for the Protection of Competition

http://www.competition.gov.cy/competition/competition.nsf/index_en/index_en

Croacia: Croatian Competition Agency

<http://www.aztn.hr/>

Dinamarca: Konkurrencestyrelsen

<http://www.kfst.dk/>

Eslovaquia: Antimonopoly Office

<http://www.antimon.gov.sk/>

Eslovenia: Competition Protection Office

<http://www.uvk.gov.si/>

Estonia: Estonian Competition Authority

<http://www.konkurentsiamet.ee>

España: Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

<http://www.cnmc.es>

España: Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía

<http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/>

España: Autoridad Catalana de la Competencia

<http://acco.gencat.cat>

España: Comisión de Defensa de la Competencia de la Comunidad Valenciana

<http://www.indi.gva.es/portal/opencms/es/Competencia.html>

España: Consejo Gallego de la Competencia

<http://www.tgdcompetencia.org/>

España: Tribunal para la Defensa de la Competencia de Castilla y León

http://www.jcyl.es/web/jcyl/Gobierno/es/Plantilla66y33/1246989994133/_/_/&tipoLetra=x-small

España: Jurado de Defensa de la Competencia de Extremadura

<http://juradocompetenciaextremadura.gobex.es/index.php/Composicion-y-Funcionamiento/jurado.html>

España: Autoridad Vasca de Defensa de la Competencia

<http://www.competencia.euskadi.net/z02-home/es/>

Finlandia: Kilpailuvirasto

<http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/suomi.cgi>

Francia: Autorité de la Concurrence

<http://www.autoritedelaconcurrence.fr/user/index.php>

Francia: Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes

<http://www.economie.gouv.fr/dgccrf>

Grecia: Hellenic Competition Commission

<http://www.epant.gr/>

Holanda: Autoriteit Consument & Markt

<https://www.acm.nl/nl/>

Hungría: Hungarian Competition Authority

<http://www.gvh.hu/en/>

Irlanda: The Competition Authority

<http://www.tca.ie/default.aspx>

Italia: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato

<http://www.agcm.it/>

Letonia: Competition Council

<http://www.competition.lv/?l=2>

Lituania: Competition Council

<http://kt.gov.lt/>

Luxemburgo: Conseil de la Concurrence

<http://www.concurrence.public.lu/>

Malta: Malta Competition and Consumer Affairs Authority

<https://secure2.gov.mt/consumer/home?l=1>

Polonia: Office of Competition and Consumer Protection

<http://www.uokik.gov.pl/en/>

Portugal: Autoridade da Concorrência

<http://www.concorrenca.pt/>

Reino Unido: Competition & Markets Authority

<https://www.gov.uk/government/organisations/competition-and-markets-authority>

República Checa: Office for the Protection of Competition

<http://www.compet.cz/en/>

Rumanía: Competition Council

<http://www.competition.ro/en/index1.asp?lang=en>

Suecia: Swedish Competition Authority

<http://www.konkurrensverket.se/>

2. EUROPA NO COMUNITARIA

Islandia: Competition Authority

<http://www.samkeppni.is/>

Israel: Antitrust Authority

<http://www.antitrust.gov.il/eng/>

Macedonia: Commission for the Protection of Competition

<http://www.kzk.gov.mk/eng/index.asp>

Noruega: Competition Authority

<http://www.konkurransetilsynet.no/>

Rusia: Federal Antimonopoly Service of the Russian Federation

<http://www.fas.gov.ru/>

Suiza: Commission de la Concurrence

<http://www.weko.admin.ch/>

Turquía: Competition Authority

<http://www.rekabet.gov.tr>

Ucrania: Antimonopoly Committee

<http://www.amc.gov.ua/>

3. AMÉRICA

Argentina: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia

<http://www.cndc.gov.ar/>

Brasil: Conselho Administrativo de Defesa Econômica

<http://www.cade.gov.br/>

Canadá: Competition Bureau

<http://www.competitionbureau.gc.ca/>

Canadá: Competition Tribunal

<http://www.ct-tc.gc.ca/index.asp>

Chile: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

<http://www.tdlc.cl>

Colombia: Superintendencia de Industria y Comercio

<http://www.sic.gov.co/>

Costa Rica: Comisión para Promover la Competencia

<http://www.coprocom.go.cr/>

Estados Unidos de América: US Department of Justice DOJ. Antitrust Division

<http://www.usdoj.gov/atr/>

Estados Unidos de América: Federal Trade Commission FTC

<http://www.ftc.gov/bc/index.shtml>

Estados Unidos de América: Opinions of the Attorney General of Washington

<http://www.atg.wa.gov/Antitrust/default.aspx>

Jamaica: Fair Trading Commission

<http://www.jftc.com>

México: Comisión Federal de Competencia

<http://www.cfc.gob.mx/>

Panamá: Autoridad de Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia

<http://www.autoridaddelconsumidor.gob.pa/>

Perú: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual

<http://www.indecopi.gob.pe/>

Venezuela: Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia

<http://www.procompetencia.gob.ve/>

4. ASIA Y AUSTRALIA

Australia: Australian Competition and Consumer Commission

<http://www.accc.gov.au/>

Australia: National Competition Council

<http://www.ncc.gov.au/>

Barbados: Fair Trading Commission of Barbados

<http://www.ftc.gov.bb/>

China: State Administration for Industry and Commerce

<http://www.saic.gov.cn/english/index.html>

China: Ministry of Commerce, Anti-Monopoly Bureau

<http://fldj.mofcom.gov.cn>

Corea del Sur: Fair Trade Commission

<http://www.ftc.go.kr/>

Filipinas: Department of Trade and Industry

<http://www.dti.gov.ph/>

Indonesia: Commission for the Supervision of Business Competition

<http://www.kppu.go.id/new/index.php>

Japón: Fair Trade Commission

<http://www.jftc.go.jp/en/>

New Zealand: Commerce Commission

<http://www.comcom.govt.nz/>

Tailandia: Office of Thai Trade Competition Commission

http://otcc.dit.go.th/otcc/index_en.php

Taiwan: Fair Trade Commission

<http://www.ftc.gov.tw/internet/english/index.aspx>

Uzbekistán: The State Committee of Uzbekistan on Privatization, Demopolization and Development of Competition

<http://gki.uz/en>

5. ÁFRICA

Kenia: Competition Authority of Kenya

<http://www.cak.go.ke/>

Sudáfrica: Competition Commission

<http://www.compcom.co.za>

Sudáfrica: Competition Tribunal

<http://www.comptrib.co.za/>

Zambia: Competition and Consumer Protection Commission (CCPC)

<http://www.ccpc.org.zm/>

6. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

APEC: Competition Policy and Law Group

<http://www.apec.org/Groups/Economic-Committee/Competition-Policy-and-Law-Group.aspx>

APEC: Competition Policy and Law Database

<http://www.apeccp.org.tw/>

Comunidad andina: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela

<http://www.comunidadandina.org/competencia.htm>

EFTA: EFTA Surveillance Authority
<http://www.eftasurv.int/competition/>

EFTA: Court
<http://www.eftacourt.int/>

FTAA - ALCA: Área de Libre Comercio de las Américas: Grupo de Negociación sobre Política de Competencia
http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngcomp_s.asp

OEA: Organización de Estados Americanos: SICE (Sistema de Información sobre Comercio Exterior)
http://www.sice.oas.org/compol/com_pols.asp

OECD: Organisation for Economic Co-operation and Development. Competition
<http://www.oecd.org/competition/>

UE: Unión Europea. Dirección General de Competencia de la Comisión Europea
http://ec.europa.eu/comm/competition/index_es.html

UE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea
<http://curia.europa.eu/>

UNCTAD: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: Políticas de Competencia y del Consumidor
<http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/spanish/indexsp.htm>

WTO: Organización Mundial del Comercio: La política de la competencia
http://www.wto.org/spanish/tratop_s/comp_s/comp_s.htm

7. OTRAS DIRECCIONES DE INTERÉS

ABA: American Bar Association. Antitrust Section
<http://www.abanet.org/antitrust/home.html>

American Antitrust Institute
<http://www.antitrustinstitute.org/>

Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia
<http://www.fundacionico.es/index.php?id=371>

European University Institute
<http://www.eui.eu/DepartmentsAndCentres/Law/ResearchAndTeaching/ResearchThemes/CompetitionWorkshop/Index.aspx>

Findlaw
<http://lawecon.lp.findlaw.com/>
<http://www.findlaw.com/01topics/01antitrust/index.html>

Global Competition Law Centre (College of Europe)
<http://www.coleurope.eu/fr/website/recherches/global-competition-law-centre>

Hieros Gamos Guide to Antitrust and Unfair Competition Law

<http://www.hg.org/antitrust.html>

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

<http://www.ibrac.org.br/>

International Bar Association's Global Competition Forum

<http://www.globalcompetitionforum.org/>

International Competition Network

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/>

The Antitrust Case Browser

<http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/>

US Antitrust Materials (Legal Information Institute, Cornell Law School, US)

<http://www.law.cornell.edu/topics/antitrust.html>

OTRAS OBRAS PUBLICADAS

ACTAS DE DERECHO INDUSTRIAL. VOLUMEN 35
(2014-2015)

Anxo Tato Plaza (dir.)

COMENTARIOS SOBRE LA LEY DE NAVEGACIÓN
MARÍTIMA

Alberto Emparanza Sobejano
José Manuel Martín Osante
(dirs.)

LA EFICIENCIA DEL TRANSPORTE COMO OBJETIVO
DE LA ACTUACIÓN DE LOS PODERES PÚBLICOS:
LIBERALIZACIÓN Y RESPONSABILIDAD

María Victoria Petit Lavall
Achim Puetz
(dirs.)

LA FUSIÓN DE COOPERATIVAS

Cristina Ortega Cano

NUEVOS ENFOQUES DEL DERECHO AERONÁUTICO
Y ESPACIAL

XXVIII Jornadas Latino Americanas
de Derecho Aeronáutico y del Espacio
Juan Ignacio Peinado Gracia (dir.)

María Cruz Mayorga Toledano (coord.)

LA PÓLIZA ESTIMADA

La valoración comercial del interés en los
seguros de daños

Pablo Girgado Perandones

REVISTA DE DERECHO DEL TRANSPORTE.
RDT. 2015. N.º 16

Alberto Emparanza Sobejano (dir.)

ENDEUDAMIENTO EMPRESARIAL
Y FUSIÓN DE SOCIEDADES

Contribución al estudio de la fusión apalancada
Miguel Gimeno Ribes

LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTISTA AÉREO
Y LA PROTECCIÓN DE LOS PASAJEROS

María Jesús Guerrero Lebrón (dir.)

GOBIERNO CORPORATIVO EN SOCIEDADES
NO COTIZADAS

Santiago Hierro Anibarro (dir.)

RÉGIMEN JURÍDICO DEL TRANSPORTE MARÍTIMO
DE PASAJEROS

Contratos de pasaje y crucero

fundación



ISBN: 978-84-9123-012-0



9 788491 230120