



FACULTAD DE DERECHO

**LA VULNERACIÓN DEL DERECHO DE LA  
COMPETENCIA Y SU IMPACTO JURÍDICO  
EN LAS RELACIONES ENTRE  
EMPRESARIOS**

Autor: Carlos Dolz Dominguez

5º E-3 A

Derecho Mercantil

Tutor: Juan Francisco Falcón

Madrid

Junio 2018

# ÍNDICE

Introducción.....	3-5
1. Definición y delimitación del derecho de la competencia.....	5-26
1.1 Defensa de la competencia.....	6-20
Derecho comunitario .....	7-14
1.1.1 Conductas prohibidas.....	7-11
1.1.1.1 Acuerdos colusorios y prácticas concertadas .....	7-9
1.1.1.2 Abuso de posición dominante.....	9-11
1.1.2. Control de las concentraciones.....	11-13
1.1.2 Régimen de ayudas públicas.....	13-14
Derecho Español.....	14-20
1.1.1. Conductas prohibidas.....	14-16
1.1.1.1 Conductas colusorias.....	14-15
1.1.1.2 Abuso de posición dominante.....	15-16
1.1.2 Supuestos de inaplicación.....	16-19
1.1.3 Control de concentraciones económicas.....	19-20
1.2 Competencia desleal.....	20-26
1.2.1 Supuestos especiales de actos de competencia desleal.....	22-26
2. Reclamación individual a directivos por daños derivados de infracciones en el derecho de la competencia.....	26-31
3. Políticas de clemencia.....	31-39
3.1. Introducción.....	31-32
3.2 Cárteles.....	33-35
3.3. Política de Clemencia.....	35-38

3.4. Programa de política de clemencia en el marco del derecho comunitario y del derecho interno.....	38-39
4. Caso Google.....	39-42
5. Conclusiones.....	42-43
6. Bibliografía.....	44-45
7. Legislación consultada.....	45-45
8. Jurisprudencia consultada.....	46-46

## INTRODUCCIÓN

Para garantizar el correcto y eficaz funcionamiento de los mercados se requiere que no existan restricciones o prohibiciones a la competencia, y que, por supuesto no existan posiciones monopolísticas, debido a que estas conllevan a una limitación de las posibilidades de elección de los consumidores y por consiguiente encarecen los productos y servicios ofrecidos. Los mercados competitivos, además de ayudar a garantizar el mejor servicio posible, suponen un importante catalizador del progreso técnico, del bienestar general y de las innovaciones en nuestra sociedad. Precisamente por estos motivos, resulta especialmente importante que los mercados dentro de una economía no estén intervenidos y se basen en un principio de competitividad.

De esta forma, las políticas que rigen la defensa de la competencia de los mercados, tienen por objetivo principal conseguir sentar las bases de la existencia de mercados en los cuales los órganos participantes sean capaces de actuar en régimen de libre competencia y evitar la existencia de barreras de entrada ilegales o injustificadas.

Asimismo, tal y como declara la Exposición de Motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia “la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos esenciales de la economía de mercado, en cuanto disciplina de actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos a favor de los operadores o de las técnicas más eficientes.”<sup>1</sup>

Si ello no constituyera suficiente apoyo a la competitividad en los mercados, la norma suprema del ordenamiento jurídico español, la Constitución, en su artículo 38 establece que “se reconoce la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado y la garantía y protección de la misma por los poderes públicos, de acuerdo con las exigencias de la economía en general y, en su caso, de la planificación.”<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>2</sup> Constitución Española. Boletín Oficial del Estado núm.311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313 a 29424.

Por lo tanto, resulta evidente que la libre competencia supone un principio básico por el que se deben regir los mercados.

Además, si es absolutamente necesario que los distintos mercados dentro de una economía no estén intervenidos y sean lo más competitivos posibles, todavía es aún más conveniente que los mercados funcionen en un entorno en el que sean posibles los intercambios a nivel internacional.

Esto se debe a que, en un escenario tan global e internacionalizado, con países y economías tan dependientes unas de otras, es indiscutible la necesidad de cooperación entre países para ofrecer productos más competitivos y contribuir al progreso de la sociedad. Además, el hecho de que existan sectores que se encuentren preservados de la libre competencia y estén intervenidos hace que se den ineficiencias en dichos sectores que se transmiten al resto de sectores y que por lo tanto afecten a su competitividad.

Por este motivo, considero que son altamente importantes la implementación de medidas y de reformas estructurales para facilitar la conexión de la economía española con los demás países de la Unión Europea.

Igualmente, si bien es cierto que España se encuentra en una situación económica mucho más favorable que hace cinco o seis años, todavía cuenta con un desempleo que asciende al 15,9%, lo que representa prácticamente el doble que la tasa media de paro en la zona euro.<sup>3</sup> Ante esta situación, bajo mi punto de vista, una posible solución para poder combatir con este problema sería que España contara con una economía más competitiva.

Sin embargo, aunque la Constitución garantiza el derecho de acceder al mercado y el derecho a competir en el mismo de la manera que cada empresario considere más oportuno, el Derecho de la Competencia regula una serie de medidas para que los competidores y operadores internos no puedan restringir la libre competencia del mercado o repartirla en su propio beneficio.

---

<sup>3</sup> Instituto nacional de estadística. (INE).

La importancia del derecho de la competencia radica en asegurar que el sistema económico sea lo más eficiente posible, que esté orientado al servicio de la productividad y con el objetivo de conseguir un mayor grado de avance, innovación, progreso y de bienestar de los consumidores de una forma legal.

Por lo tanto, el derecho de la competencia surge para regular las condiciones en las que las empresas compiten entre sí para certificar que se produce un beneficio para el consumidor final y que esta competitividad se produzca de una manera honesta, “sin trampas” y cumpliendo con la legalidad.

A lo largo de este trabajo se analizarán las consecuencias de aquellas situaciones como el abuso de posición dominante, concentraciones económicas o acuerdos o decisiones que limiten la competencia entre empresas ya que suponen un reparto o asignación no equitativa de los bienes y servicios y que sirven para mejorar, de forma injusta e ilegal, el rendimiento empresarial de las empresas participantes.

Además, y como bien indica el título de este trabajo, el tema objeto de estudio que se va a abordar es la investigación de las consecuencias prácticas, que, desde un punto de vista jurídico, pueden derivarse de las infracciones del derecho de la competencia en las relaciones entre empresarios.

## **1. DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA.**

En primer lugar, para poder realizar un análisis exhaustivo de las situaciones en las que efectivamente tiene lugar una vulneración del derecho de la competencia, es imprescindible saber su definición, su alcance, conocer su regulación y que prácticas o actividades empresariales ampara y regula.

De este modo, esta primera parte del trabajo se centrará en estudiar la composición y regulación del derecho de la competencia español junto con su correspondiente complementación necesaria del derecho comunitario para entender en qué circunstancias se produce realmente una vulneración del derecho de la competencia.

De acuerdo con el Código de Derecho de la Competencia publicado en el Boletín Oficial del Estado, el derecho de la competencia se encuentra regulado en la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia.

No obstante, con el objetivo de evitar que la competencia se vea contaminada por prácticas desleales, el ordenamiento jurídico también interviene por medio de una de protección de la competencia desleal, la Ley 3/1991, de 10 de enero de Competencia Desleal.

Por lo tanto, la normativa del derecho de la competencia se divide en dos grandes bloques. EL primero tiene como norma general la Ley de Defensa de la Competencia y su objeto es la protección del interés general utilizando como herramienta principal la imposición de multas o sanciones. Por otro lado, el segundo, se encuentra regulado en la Ley de Competencia Desleal que tiene como objeto la protección del interés particular y emplea como principal herramienta las acciones de responsabilidad por daños y perjuicios.<sup>4</sup>

Además, es especialmente importante mencionar que, debido al reconocimiento de España como estado miembro de la Unión Europea y la predominancia del derecho comunitario sobre el derecho estatal, los sujetos infractores deben también obedecer las normas del derecho comunitario que regulan esta materia cuando la competencia de una entidad afecta al mercado europeo.

### **1.1. Defensa de la competencia**

De este modo, la regulación que trata sobre la defensa de la competencia que puede aplicarse en España está compuesto por dos elementos principales. El primero de ellos que está formado por normas comunitarias y el segundo que se compone de la regulación nacional.

El primer estrato se constituye principalmente por los artículos 101 a 113 de Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea y por diversas normas provenientes de los

---

<sup>4</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

distintos órganos comunitarios.<sup>5</sup> El derecho comunitario ha adquirido tal importancia durante el paso del tiempo, que actualmente, un análisis completo y exhaustivo de la materia supone, sobre todo, analizar y estudiar el Derecho comunitario. El segundo bloque que hace referencia al derecho interno (nacional) se compone por la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que deroga la Ley 16/1989.

## **A. DERECHO COMUNITARIO**

### **1.1.1. Conductas Prohibidas**

#### **1.1.1.1 Acuerdos colusorios y prácticas concertadas entre empresas**

De esta manera, la primera de las conductas prohibidas por el derecho comunitario son “los acuerdos colusorios y prácticas concertadas entre empresas (art. 101 TFUE).”<sup>6</sup> Estas prácticas tienen como objeto alterar, falsear o impedir la libre competencia dentro del mercado. Los requisitos para determinar el momento en el que nos encontramos ante un acuerdo prohibido por la ley son los siguientes.<sup>7</sup>

En primer lugar, para que sea un acuerdo colusorio tiene que tratarse de un auténtico acuerdo de voluntades entre empresas o agentes económicos y este acuerdo se debe entender en un sentido tremendamente amplio ya que dicho acuerdo puede tomar cualquier forma y puede ser o no ser vinculante.<sup>8</sup>

Además, no es necesario que el acuerdo se celebre entre empresas competidoras. Así, se diferencia entre acuerdos verticales, que hacen referencia a acuerdos realizados entre compañías que se sitúan en diferentes fases o escalones de la cadena de producción y acuerdos horizontales que son aquellos acordados entre empresas que si se encuentran en

---

<sup>5</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

<sup>6</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

<sup>7</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión Consolidada. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 47 a 199.

<sup>8</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

el mismo escalón de la cadena de producción (este sería el caso de un acuerdo celebrado entre dos fabricantes del mismo producto).<sup>9</sup>

En segundo lugar, “la conducta colusoria ha de tener por objeto o producir el efecto de impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común”.<sup>10</sup> Es importante matizar que en el caso de que el mercado afectado fuera únicamente el de un Estado miembro de la Unión Europea, el derecho aplicable sería el derecho interno y no el derecho comunitario.

Asimismo, ni resulta necesario que el acuerdo haya tenido que ser acordado en el interior de la UE ni tampoco que las empresas que integran el acuerdo sean nacionales de la UE por lo que basta con que los efectos se produzcan en el interior de la Unión.<sup>11</sup> La ley contiene una enumeración de posibles contenidos de los acuerdos colusorios entre los que se menciona expresamente: “a) la fijación directa o indirecta de los precios de venta u otras condiciones contractuales; b) la limitación o el control de la producción, el mercado o el desarrollo técnico; c) el reparto del mercado o de fuentes de abastecimiento; d) la aplicación, a terceros contratantes, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; e) la celebración de contratos vinculados.”<sup>12</sup> Estos últimos hacen referencia a que la celebración de un contrato se encuentra subordinada a la aceptación de prestaciones suplementarias que no guarden relación con el objeto del contrato y suponen un supuesto muy importante y frecuente en la práctica por el daño que pueden causar.

En el caso de que se diera alguna de las situaciones mencionadas previamente, las consecuencias son muy claras. Tales acuerdos son nulos de pleno derecho debido a que son declarados incompatibles con el mercado común.<sup>13</sup>

---

<sup>9</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

<sup>10</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

<sup>11</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Caso Pasta de Madera. Sentencia de 27 de septiembre 1988.

<sup>12</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión Consolidada. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 47 a 199.

<sup>13</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión Consolidada. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 47 a 199.

No obstante, cabe señalar que las prohibiciones citadas no ostentan un carácter absoluto, sino que se requiere que los acuerdos tengan una determinada dimensión económica. En concreto, los órganos comunitarios han considerado que no interfieren en la competencia aquellos acuerdos en lo que intervienen empresas cuya cuota conjunta en el mercado sea inferior al diez por ciento en el caso que se trate de acuerdos horizontales (entre competidores) o al quince por ciento para el caso de acuerdos verticales (entre no competidores).<sup>14</sup>

Por último, también se han determinado una serie de exenciones o autorizaciones frente a la práctica de estos acuerdos. Estas establecen que tiene que ser un acuerdo que siendo contrario a lo establecido en el artículo 101. TFUE, “persigan o puedan ayudar a mejorar la producción o la distribución de los productos, o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven simultáneamente a los consumidores una participación equitativa en el beneficio resultante.”<sup>15</sup>

Una vez se haya dado el requisito anterior, la autorización se podrá conceder siempre y cuando el acuerdo no atribuya a las compañías involucradas en el acuerdo más restricciones de las que sean indispensables para poder conseguir los objetivos mencionados y siempre que no se autorice a las compañías integrantes eliminar la competencia respecto de una parte importante de los productos que se trate. “Esto significa que es necesario que sigan existiendo alternativas suficientes para los consumidores.”<sup>16</sup>

#### **1.1.1.2 Abuso de posición dominante.**

Además de los acuerdos colusorios, también se prohíben comportamientos que consistan en el abuso, ya sea por parte de unas o varias empresas, “<sup>17</sup>de una posición dominante en

---

<sup>14</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

<sup>15</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión Consolidada. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 47 a 199.

<sup>16</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

<sup>17</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión Consolidada. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 47 a 199.

el mercado común, o en una parte sustancial del mismo siempre que ello pueda afectar al comercio entre los estados miembros”.

Es importante matizar que la ley no prohíbe el hecho de que una empresa pueda llegar a conseguir una posición de dominio en su mercado, sino que lo quiere evitar es que en tales circunstancias se cometan abusos causados como consecuencias del disfrute de dicha posición. Por lo tanto, resulta evidente que, a diferencia de lo que ocurría en el caso anterior, no se contemplan exoneraciones o autorizaciones por parte de los órganos comunitarios.

Al igual de lo que ocurría en el caso anterior, la ley detalla algunos de los posibles abusos que pueden suceder. Estos son: “a) imposición de precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas; b) limitación de la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores; c) aplicación, a terceros contratantes, de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva; d) la celebración de contratos vinculados de la forma explicada previamente.”<sup>18</sup>

El problema fundamental que plantea esta situación tiene que ver en relación con la propia definición de abuso de posición dominante ya que la norma comunitaria no contiene una definición expresa ni un determinado umbral dentro del mercado. De acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) se ha definido esta posición como “la posición de fuerza económica de la que goza una empresa que le permite impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado relevante posibilitándose comportarse, en una medida apreciable, independientemente de sus competidores y clientes”.<sup>19</sup> Sin embargo, es evidente que la cuota de mercado suele ser el principal criterio que se utiliza, pero no el único. En ocasiones, también se tiene en cuenta el número de competidores o la estructura del mercado.

---

<sup>18</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión Consolidada. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 47 a 199.

<sup>19</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Caso Michelin. Sentencia de 9 de noviembre de 1983.

Asimismo, la posición de dominio solo se puede considerar en relación a un sector de productos y un área geográfica determinada, por lo que resulta especialmente relevante fijar el mercado de referencia en el que opera la(s) empresa(s) que está analizando.<sup>20</sup>

La jurisprudencia del TJUE ha definido el mercado de referencia “comprende la totalidad de los productos y servicios que los consumidores consideren intercambiables o sustituibles en razón de sus características, su precio o el uso que se prevea hacer de ellos.”<sup>21</sup>

### **1.1.2 Control de Concentraciones**

Un segundo elemento del Derecho de defensa de la competencia es aquel que trata sobre el control de las concentraciones entre empresas, regulado por el Reglamento (CE) 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004.<sup>22</sup>

Este reglamento introduce cambios significativos en la materia ya que reconoce de forma expresa la importancia que las concentraciones entre empresas son necesarias en un entorno empresarial tan competitivo y globalizado como el actual siempre que dichas concentraciones no supongan un obstáculo para la competitividad del mercado común.

A estos efectos, se consideran operaciones de concentración “los cambios duraderos del control como consecuencia de fusión, o por medio de operaciones en las que una o más empresas adquieran el control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas, mediante toma de participaciones en el capital, compra de activos, o contrato”.<sup>23</sup> Así pues, lo realmente importante es que el control suponga la vía para ser capaz de desplegar una influencia determinante sobre la empresa.<sup>24</sup>

---

<sup>20</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

<sup>21</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Caso United Brands. Sentencia de 14 de febrero de 1978.

<sup>22</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

<sup>23</sup> Reglamento (UE) núm. 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

<sup>24</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

Además, también se considerarán operaciones de concentración, aquellas operaciones “de creación de una empresa en participación (joint venture), siempre que la misma desempeñe de forma permanente todas las funciones de una entidad económica autónoma.”<sup>25</sup>

Las autoridades comunitarias controlaran únicamente las concentraciones que tengan una dimensión comunitaria y que por lo tanto sean capaces de interferir en el mercado común por involucrar a compañías de distintos estados miembros. Para que una concentración sea catalogada como comunitaria es necesario que las empresas no lleguen a realizar más de dos tercios de su volumen de negocio comunitario únicamente en un estado miembro, ya que en ese caso quedarían fuera del ámbito de aplicación del reglamento regulatorio.

Además, para que se ejerza un control sobre la concentración también es necesario que sea declarada una operación de gran entidad, entendiéndose por esta como aquella en la que las empresas participantes tengan en su conjunto un volumen de negocios a nivel mundial superior a los cinco mil millones de euros. Igualmente, a nivel europeo, el volumen de negocio individual de al menos dos de las empresas integrantes debe superar los doscientos cincuenta millones de euros.<sup>26</sup>

Alternativamente, en el caso de que no se cumplan las limitaciones anteriores, será igualmente clasificada una operación como concentración comunitaria siempre y cuando el volumen de negocio de las empresas integrantes de la concentración supere el umbral de los dos mil quinientos millones de euros a nivel mundial, al menos cien millones de euros en tres Estados miembros, como mínimo, y el volumen de manera individual, como mínimo por dos empresas, supere los cien millones de euros en la Unión Europea y veinticinco millones de euros en los tres Estados miembros a los que se refiera.<sup>27</sup>

En estas situaciones, las empresas involucradas se encuentran obligadas a informar a la comisión sobre la celebración de una operación de concentración. Ante esta notificación,

---

<sup>25</sup> Reglamento (UE) núm. 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

<sup>26</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

<sup>27</sup> Reglamento (UE) núm. 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

si tras el oportuno examen la comisión considera que dicha concentración es compatible con el mercado decidirá no intervenir. Por el contrario, si la comisión tiene dudas de que la concentración vaya a ser incompatible con el mercado común decidirá si la declara compatible, tras la introducción de las modificaciones que estime oportunas o si la califica como incompatible con el mercado común en los casos que signifique una importante barrera para la competencia dentro del mercado común.<sup>28</sup>

### **1.1.3 Régimen de las ayudas públicas**

Por último, la normativa comunitaria prohíbe que el estado conceda ayudas a cualquier empresa, ya sea esta pública o privada. Más concretamente, la normativa declara incompatibles con el mercado común “las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones.”<sup>29</sup>

Por lo tanto, analizando dicho artículo se concluye que lo que se prohíbe son las ayudas públicas y estas ayudas se interpretan en el sentido más amplio. Asimismo, el artículo estipula que quedan prohibidas las ayudas atribuidas por el estado bajo cualquier forma, de manera que están prohibidas tanto las ayudas directas, en la forma de subvenciones o concesiones, y las indirectas como por ejemplo las condonaciones de deuda o ventajas fiscales.

No obstante, para que la ayuda por parte del estado sea considerada contraria a la normativa comunitaria tiene que tratarse de una ayuda concedida a determinadas empresas o a algún sector en concreto. Además, no se trata de una prohibición absoluta, sino que la normativa europea establece que existen determinadas ayudas que sí que son compatibles con el mercado común, entre las que se encuentran “las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se concedan sin discriminaciones por el origen de los productos; las ayudas destinadas a reparar los

---

<sup>28</sup> Reglamento (UE) núm. 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.

<sup>29</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión Consolidada. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 47 a 199.

perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional.”<sup>30</sup>

## **B. DERECHO ESPAÑOL**

Como se ha mencionado previamente, la regulación interna del derecho de la competencia se desarrolla en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia que viene a modernizar y a adaptar la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.<sup>31</sup>

En líneas generales, la legislación interna se asemeja mucho a la estructura planteada por la normativa comunitaria recién explicada. Por este motivo, no es necesario volver analizar aquellos conceptos que se tomado de la legislación europea.

### **1.1.1. Conductas prohibidas**

#### **1.1.1.1. Conductas colusorias**

La legislación española establece que queda prohibido “todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional.”<sup>32</sup>

Por lo tanto, de este artículo se puede extraer que existen cuatro tipos de conductas prohibidas por la legislación española que son: acuerdos, entendiéndose esta palabra en sentido amplio (contratos o parte de un contrato), decisiones o recomendaciones colectivas, (aquellas adoptadas por asociaciones empresariales u organismos representativos o corporativos que no necesitan ser vinculantes), las prácticas concertadas (que ya han sido explicadas en la sección correspondiente a la normativa

---

<sup>30</sup> Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión Consolidada. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 47 a 199.

<sup>31</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

<sup>32</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

comunitaria) y por último las prácticas o conductas que son conscientemente paralelas. Estas últimas hacen referencia a actividades que se realiza entre dos o más compañías que compiten dentro de un mismo mercado y que desempeñando exactamente la misma función o una muy parecida, “de forma consciente pero no pactada, o sea, sin previo acuerdo jurídico entre ellos, producen o pueden producir el resultado de falsear la competencia.”<sup>33</sup>

Además, es importante resaltar que es indiferente que el objetivo perseguido por dichas conductas sea o no atentar consciente y voluntariamente contra la competencia, sino que es suficiente con que se pueda producir el efecto de restringir, impedir o falsear la competencia, para que la práctica o el negocio sean considerados prohibidos.<sup>34</sup>

Asimismo, de la misma manera que ocurre en el derecho comunitario, la legislación interna incluye una enumeración de las conductas más frecuentes que constituyen una conducta colusoria.<sup>35</sup> Este listado es idéntico al del artículo 101 del TFUE, ya explicado previamente y por lo tanto no resulta necesario volver analizar.

En relación a las consecuencias de los acuerdos colusorios, una vez más se da la misma situación que en el derecho comunitario y en el caso de su existencia, serán declarados nulos de pleno derecho, sin perjuicio de las posibles sanciones que pueda imponer la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

### **1.1.1.2. Abuso de posición dominante**

En la regulación española no se prohíbe ni los monopolios ni las posiciones de dominio que una o varias empresas puedan ostentar en su mercado. Lo que sí que prohíbe son los abusos que dichas empresas puedan realizar como consecuencia del disfrute de tal posición en el mercado.

---

<sup>33</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

<sup>34</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

<sup>35</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

Para que se dé un abuso de posición dominante, es indispensable que exista una situación de dominio unilateral o conjunta en todo o en parte del mercado nacional.<sup>36</sup> Asimismo, de la misma forma que sucede en el derecho comunitario, la ley española no contiene una definición concreta de lo que supone la posición de dominio. Sin embargo, se considera que existe tal situación cuando una empresa es capaz de actuar en su mercado de manera autónoma, sin tener en cuenta a sus competidores, clientes o proveedores.

Además, para que se trate de una acción prohibida es necesario que se abuse de dicha posición. En concreto, el abuso puede tomar alguna de las formas contenidas en el artículo segundo de la ley de Defensa de la Competencia, que incluye contenidos muy similares a los del artículo ciento dos del TFUE que ya se analizaron previamente.

No obstante, a diferencia del derecho comunitario, en el derecho interno se considera abuso de posición dominante “la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.”<sup>37</sup>

Por último, en la disposición española están igualmente prohibidos los abusos de posición dominante provenientes de los denominados monopolios legales. En concreto la ley establece que “la prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal”.<sup>38</sup>

## **1.2. Supuestos de inaplicación**

Resulta importante matizar que las prohibiciones que acaban de ser descritas y contenidas en los artículos 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia no tienen un carácter absoluto, sino que la Ley también establece determinadas circunstancias en las que las prohibiciones no son objeto de aplicación.<sup>39</sup>

---

<sup>36</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>37</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>38</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>39</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

### **1.2.1 Conductas exentas por la ley**

En primer lugar, las prohibiciones explicadas no serán de aplicación, incluso cuando se trate de conductas que contienen elementos o que pueden producir efectos anticompetitivos, si estas están autorizadas por una ley.<sup>40</sup>

Sin embargo, esta autorización no impide que, aunque una acción se encuentre autorizada por una ley interna, esta pueda seguir siendo objeto de enjuiciamiento y sanción a la luz de la regulación comunitaria en defensa de la competencia.<sup>41</sup>

### **1.2.2. Conductas de menor importancia**

Además, las prohibiciones contenidas en la Ley española no serán aplicables frente aquellas situaciones que, por su escasa importancia o trascendencia en el mercado “no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.”<sup>42</sup>

Así pues, lo importante es saber identificar cuando se dan estas situaciones de menor importancia en el mercado. De esta manera, se entiende como conducta de menor importancia “aquellos acuerdos entre empresas competidoras (acuerdos horizontales) cuya cuota de mercado conjunta no exceda del diez por ciento de los mercados relevantes afectados y en el caso de empresas no competidores (acuerdos verticales) cuando la cuota de mercado no exceda del quince por ciento de cada una de las empresas en cada uno de los mercados afectados.”<sup>43</sup>

No obstante, existen determinadas conductas que están excluidas de las conductas de menor importancia sin perjuicio de cuota de mercado de las empresas participantes. En particular, estas conductas son: los acuerdos entre empresas competidoras cuya finalidad

---

<sup>40</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>41</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>42</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>43</sup> Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 50, de 27 de febrero de 2008, pp. 11575 a 11604.

sea la fijación de precios de venta, la limitación de la producción o las ventas o el reparto de los mercados.<sup>44</sup> En el caso de empresas no competidoras, estas son: “aquellas que tengan por objeto el establecimiento de un precio de reventa fijo o mínimo al que haya de ajustarse el comprador; la restricción de las denominadas ventas activas o pasivas a los usuarios finales por parte de los miembros de una red de distribución selectiva o el establecimiento de cláusulas de no competencia cuya duración exceda de cinco años.”<sup>45</sup>

### **1.2.3. Conductas prohibidas autorizadas o autorizables**

De la misma forma que ocurre con la legislación europea, la legislación española reconoce que existen determinadas conductas que, aunque pudieran producir efectos restrictivos sobre la competencia, pueden ser permitidas si se entiende que producen otros efectos más beneficiosos sobre los consumidores.

Con la aprobación de la vigente ley en materia de Defensa de la Competencia, la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, se ha producido una importante transición en el régimen de la otorgación de dichas autorizaciones. Con el objetivo de ajustar la regulación interna al marco comunitario, se ha pasado de un sistema de solicitudes individuales por parte de los interesados a un sistema de autorización automática cuando los las decisiones, prácticas y acuerdos cumplan una serie de requisitos.<sup>46</sup> Estos son: “que permitan a los usuarios o consumidores participar de una forma equitativa de las ventajas de ese acuerdo; no impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables; y no consientan a las empresas participes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.”<sup>47</sup>

---

<sup>44</sup> Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 50, de 27 de febrero de 2008, pp. 11575 a 11604.

<sup>45</sup> Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 50, de 27 de febrero de 2008, pp. 11575 a 11604.

<sup>46</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

<sup>47</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

Por consiguiente, a día de hoy, se puede afirmar que todos aquellos acuerdos, grupos de acuerdos o recomendaciones que cumplan los requisitos mencionados serán considerados válidos y en consecuencia autorizados.

### **1.3. Control de las concentraciones económicas**

El control de las concentraciones económicas supone una parte importante y compleja dentro del Derecho de defensa de la competencia.

En primer lugar, por concentración económica se entiende “todo cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de una serie de operaciones: fusión, adquisición por una empresa del control de la totalidad o parte de una empresa; la creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto, siempre que desempeñe funciones de entidad económica autónoma y no tenga por objeto fundamental coordinar el comportamiento competitivo de empresas que continúen siendo independientes.”<sup>48</sup>

Este sistema de control parte de la necesidad de una notificación previa y obligatoria a la CNMC por las partes interesadas siempre que se dé, al menos, alguna de las siguientes circunstancias: “ a) que, como consecuencia de la operación de concentración de adquiera o supere una cuota igual o superior al treinta por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional (o de un mercado geográfico definido dentro del mismo); b) cuando el volumen global de ventas en España del total de los partícipes en la operación supere en el último ejercicio contable la cifra de doscientos cuarenta millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de ventas superior a sesenta millones de euros.”<sup>49</sup>

Además, “se considerarán exentas del procedimiento de control aquellas concentraciones en las que aun dándose el requisito establecido en el artículo 8.1.a), el volumen global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable

---

<sup>48</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>49</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

no supere los diez millones de euros, siempre que ninguna de las sociedades partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al cincuenta por ciento en cualquiera de los mercados afectados en el ámbito nacional.”<sup>50</sup>

Este control puede resultar “de los contratos, derechos o cualquier otro medio que otorgue la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa.”<sup>51</sup>

En consecuencia, en el caso de que se dé alguna de las situaciones anteriormente descritas, será obligatorio notificar, con carácter previo a la celebración del acto, a la CNMC para que se comience el procedimiento de control.

## **1.2 Competencia Desleal**

La libertad de empresa es un presupuesto de libertad económica que significa que el ordenamiento jurídico español reconoce que cualquier sujeto puede optar por desarrollar una actividad empresarial y económica. Esto es así porque el individuo que decide empezar una actividad económica está ejercitando un derecho que se encuentra reconocido en el derecho positivo.<sup>52</sup>

No obstante, si bien es cierto que el ordenamiento jurídico español reconoce efectivamente la libertad de empresa, cabe la posibilidad de que surjan algunas situaciones (y de hecho es bastante frecuente) que limiten o establezcan trabas o dificultades a dicho ejercicio de libertad de empresa.

En este capítulo del trabajo se va a explicar la competencia desleal, que es aquella que se centra en estudiar las acciones que se llevan a cabo sin respetar un mínimo código de conducta, que a día de hoy viene predeterminado por la buena fe en sentido objetivo.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Boletín Oficial del Estado núm. 55, de 5 de marzo de 2011, pp. 25033 a 25235.

<sup>51</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>52</sup> Constitución Española. Boletín Oficial del Estado núm.311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313 a 29424. y Exposición de motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>53</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

En España, este área del derecho había sido un sector que no contaba con una correcta y eficaz regulación hasta que se promulgó la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, que cuenta con una definición del acto desleal en el mercado y establece los medios de los que cuenta el ordenamiento jurídico para reprimirlo. Además, juega un papel muy importante la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, que modifica el régimen legal previsto en materia de competencia desleal y de publicidad con el objetivo de mejorar la protección de los consumidores y adaptar la legislación española con la normativa europea, en particular la Directiva 2005/29/CE, de 11 de mayo, relativa a las actividades de las empresas en sus relaciones con los clientes que se clasifican como prácticas desleales.

Por consiguiente, la competencia desleal se define como “todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe.”<sup>54</sup> Sin embargo, con la ley 29/2009 se añade a la definición expuesta por la ley anterior que, “en las relaciones de los empresarios con los consumidores, se entenderá contrario a la buena fe el comportamiento del empresario o profesional en que dos elementos: que resulte contrario a la diligencia profesional que le es exigible en sus relaciones con los consumidores, y que distorsione o sea susceptible de distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo al que se dirige la práctica.”<sup>55</sup>

Asimismo, el concepto de comportamiento económico del consumidor o usuario se describe como cualquier decisión a través de la cual este opta por actuar o se abstiene de hacerlo en relación al pago del precio del producto o servicio y la forma de pago, la contratación y la conservación de un bien o servicio, el ejercicio de los derechos contractuales en relación a dichos bienes y servicios y por último la selección de una oferta u oferente.<sup>56</sup>

---

<sup>54</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>55</sup> Ley 29/2009 de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. Boletín Oficial del Estado núm. 315, de 31 de diciembre de 2009, pp. 112039 a 112060.

<sup>56</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

En relación al ámbito de aplicación de la legislación en materia de competencia desleal, “resulta necesario que el acto de competencia desleal se realice en el mercado y con fines concurrenciales.”<sup>57</sup> La finalidad concurrencial se presume siempre y cuando debido a las circunstancias en las que se realice el acto, se declare objetivamente correcto y apropiado para comenzar a difundir en el mercado los productos y servicios propios o de un tercero. Además, la Ley de Competencia Desleal determina que su contenido será de aplicación para los empresarios y para “cualquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado.”<sup>58</sup>

### **1.2.1. Supuestos especiales de actos de competencia desleal**

La Ley de Competencia Desleal contiene en su artículo cuarto una cláusula general de actos que se califican como acciones de competencia desleal. Pero, además, dicha cláusula general se encuentra complementada por una tipificación formada por aquellos actos de competencia desleal que son más comunes en la práctica y que se enumeran en su artículo quinto.

Del mismo modo, debido a la reforma de la regulación interna en materia de competencia desleal por la Ley 29/2009, se ha decidido tratar de forma separada los actos de competencia desleal, cuya finalidad principal es amparar el interés de los empresarios y en determinadas ocasiones también el de los consumidores, y las prácticas comerciales con los consumidores y usuarios que tienen por objetivo tutelar exclusivamente el interés de los consumidores.

De esta manera, dentro de los actos de competencia desleal, se incluyen los siguientes: los actos de engaño, de confusión, las omisiones engañosas, las prácticas agresivas, los actos de denigración, los actos de comparación, los actos de imitación, la explotación de la reputación ajena, la violación de secretos industriales, la inducción a la ruptura contractual, la violación de normas, los actos de discriminación de los consumidores, la

---

<sup>57</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

<sup>58</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

venta a pérdida y los denominados actos de publicidad ilícita. A continuación, se procede a explicar cada una de ellos en más detalle.

En primer lugar, los **actos de engaño** necesitan cumplir unos requisitos para poder ser clasificados como verdaderos actos de engaño. Estos son: contener “información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico”<sup>59</sup> y es necesario que verse sobre algunos de los aspectos incluidos en el artículo quinto de la Ley de Defensa de la Competencia.

En relación a los **actos de confusión**, estos comprenden todas aquellas acciones llevadas a cabo con el objetivo de crear una confusión relacionada con la actividad, el establecimiento ajeno o las prestaciones. La ley incluye tanto las conductas que efectivamente dan lugar a una confusión como aquellas que potencialmente pueden llegar a causarla.<sup>60</sup>

Por su parte, las **omisiones engañosas** consisten en “la omisión u ocultación de la información necesaria para que el destinatario adopte o pueda adoptar una decisión relativa a su comportamiento económico con el debido conocimiento de causa y aquellos supuestos en los que la información que se ofrece es poco clara, ininteligible, ambigua, no se ofrece en el momento adecuado, o no se da a conocer el propósito comercial de esta práctica, cuando no resulte evidente por el contexto.”<sup>61</sup>

Igualmente, las **prácticas agresivas** suponen un nuevo tipo de conducta clasificada como acto desleal introducida por la Ley 29/2009 y hacen referencia a aquellas conductas que “son susceptibles de mermar de forma significativa la libertad de elección o conducta por

---

<sup>59</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>60</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

<sup>61</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

parte del destinatario en relación al bien o servicio del que se trate, siempre que haya mediado acoso, coacción o influencia indebida.”<sup>62</sup>

Por otro lado, los **actos de denigración** son aquellos que consisten la realización de actos consistentes en la propagación de ideas y manifestaciones con el fin de perjudicar el crédito o la buena fama de un tercero. <sup>63</sup> Es importante matizar que no supone un acto de denigración realizar afirmaciones que, aunque sean dañosas para la imagen y la reputación de un tercero sean “exactas, verdaderas y pertinentes.”<sup>64</sup>

Tras la reforma de la legislación interna de la defensa de la competencia con la Ley 29/2009, con el fin de que una **comparación pública** no sea considerada desleal debe de cumplir unos requisitos recogidos en los artículos 5, 7, 9, 12 y 20 de la Ley de Defensa de la Competencia entre los que se incluyen la necesidad de que los bienes o servicios comparados tengan la misma necesidad o satisfagan las mismas necesidades o el hecho de que la comparación seba realizarse de forma objetiva entre atributos pertinentes, esenciales y representativos de los bienes o servicios.

En un principio, los **actos de imitación** están permitidos y se permite la imitación de prestaciones e iniciativas empresariales siempre que no se encuentren protegidas de alguna manera por un derecho exclusivo reconocido por la Ley como una marca, patente o un modelo de utilidad. <sup>65</sup> No obstante, la ley establece una excepción que se basa en que sí que se considera desleal aquellos actos de imitación que se consideren especialmente apropiados para producir la asociación por parte de los consumidores o en el caso de que suponga “un aprovechamiento indebido de la reputación o el esfuerzo ajeno.”<sup>66</sup>

---

<sup>62</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>63</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

<sup>64</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>65</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

<sup>66</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

La **explotación de la reputación ajena** hace referencia a la circunstancia en la que un competidor se aprovecha de la imagen, notoriedad o popularidad industrial o comercial adquirida por otro competidor en el mercado.<sup>67</sup> A su vez, la violación de secretos industriales se refiere a “la adquisición ilegítima de secretos industriales o de cualquier otra clase, o la divulgación o explotación sin autorización de su titular de secretos a los que se haya tenido acceso, incluso legítimamente, cuando existiere deber de reserva.”<sup>68</sup>

Por su parte, la **inducción a la ruptura contractual** define la situación en la que una entidad se dedica a arrebatar trabajadores o consumidores de un competidor mediante formas incorrectas como pueden ser sobornos o persuasión a la ruptura contractual.<sup>69</sup>

En cuanto a la **violación de normas**, la ley y la sentencia STS de 16 de junio de 2000, RJ5288, establecen que esta conducta desleal ocurre cuando una empresa se aprovecha dentro del mercado de una ventaja competitiva que ha sido obtenida a través de la infracción de diversas leyes siempre que la ventaja resulte significativa o únicamente la infracción de normas jurídicas cuya finalidad sea la regulación de una actividad concurrencial. Asimismo, también es considerada desleal la involucración en un contrato de trabajo de un extranjero que no cuente con autorización legal para trabajar en España.

Los actos de **discriminación de los consumidores**, ya sea en relación a los precios o a otras condiciones de venta al público, serán considerados desleales siempre que no medie causa justificada para la discriminación realizada.<sup>70</sup>

Asimismo, la ley muestra una gran libertad económica en relación a la **venta a pérdida** ya que determina “salvo disposición contraria de las leyes o de los reglamentos, la fijación de precios es libre”.<sup>71</sup> De este enunciado se entiende que la venta a pérdida, en un

---

<sup>67</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>68</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

<sup>69</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>70</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>71</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

principio, se encuentra autorizada. Sin embargo, esta conducta será clasificada como desleal cuando pueda provocar el error por parte de los consumidores en relación a los precios de otros productos de un mismo establecimiento; cuando desacredite la imagen de un competidor o finalmente cuando constituya una estrategia dirigida a expulsar a un grupo de competidores o un único competidor del mercado.<sup>72</sup>

Por último, dentro de los actos de competencia desleal se incluye los actos de **publicidad ilícita**. Así, se declara como ilícita, entre otras, toda publicidad que resulte “engañoso, desleal y agresiva”.<sup>73</sup>

## **2. POSIBILIDAD DE RECLAMACIÓN INDIVIDUAL A DIRECTIVOS POR DAÑOS DERIVADOS DE INFRACCIONES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA.**

Una vez que se ha establecido la delimitación y el alcance del derecho de la competencia en la legislación interna junto con su necesaria complementación de la normativa comunitaria, en este capítulo del trabajo se va a proceder a explicar una novedosa vía que ha abierto la jurisprudencia española en los últimos años.

Se trata de una solución para reclamar daños a las empresas que acuerden acuerdos verdaderamente anticompetitivos, vulnerando el derecho de la competencia en cualquiera de las vertientes que han sido explicadas previamente.

Este innovador método de reclamación se caracteriza porque otorga la posibilidad a personas individuales de reclamar daños y sanciones personales a los directivos o ejecutivos de empresas que haya participado en la celebración de acuerdos anti competitivos.

---

<sup>72</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.

<sup>73</sup> Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). *Manual de Derecho Mercantil*. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.

La razón del uso de este nuevo mecanismo jurídico se debe a que este tipo de acuerdos anti competitivos, ya sea en forma de fijación de precios o en el reparto de mercados o de los clientes (entre otros), cada vez se están persiguiendo por la Comisión Nacional de Mercados y Competencia de una forma más estricta y pertinaz y se sancionan con multas de mayor cuantía.

Lo cierto es que este tipo de medidas comenzó a coger fuerza en el año 2016, cuando la CNMC declaró su intención de impulsar la imputación a título personal de aquellos ejecutivos de empresas involucradas en delitos frente a la competencia.<sup>74</sup>

En líneas generales, la sociedad es consciente de las sanciones que se imponen a empresas como consecuencia de la vulneración del derecho de la competencia y que en algunos casos llegan a ser millonarias (como por ejemplo la multa impuesta a Google el año pasado por parte de la comisión europea que se analizará posteriormente). No obstante, el régimen sancionador disponible y aplicable a directivos de empresas es mucho más desconocido en la actualidad.

Realizando un repaso de la jurisprudencia, esta vía legislativa ha sido utilizada en muy pocas ocasiones, siendo la más renombrada la sanción impuesta al Presidente de HUSA Hoteles, Joan Gaspart, debido a unas declaraciones en relación a los precios de los hoteles en España y que según la interpretación llevada a cabo por la CNMC, se trataba de una incitación o recomendación a los participantes del mercado a que llevaran a cabo una subida de los precios en la industria hotelera.<sup>75</sup> Gaspart fue condenado a una multa de cincuenta mil euros aunque finalmente la sanción fue revocada por la Audiencia Nacional. Se produjo algún caso más, aunque estos fueron muy escasos y las sanciones impuestas de muy baja cuantía.

Este régimen se encuentra regulado en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia en la que al artículo 62.3 determina que “se permite la imposición de multas

---

<sup>74</sup> Callol, P. (2015). *La responsabilidad individual de directivos bajo el derecho de la competencia*. Barcelona: Callol Coca & asociados.

<sup>75</sup> Callol, P. (2015). *La responsabilidad individual de directivos bajo el derecho de la competencia*. Barcelona: Callol Coca & asociados.

de hasta sesenta mil euros a cada uno de los representantes legales o personas que integra los órganos directivos de la sociedad infractora que hayan participado en la decisión o acuerdo prohibido, siempre que se acredite que el individuo sancionado haya jugado papel clave o que sirva de base para imputarle una responsabilidad personal por la práctica anticompetitiva”.

Como se ha mencionada previamente, la CNMC está implementando una labor más estricta en la lucha contra las empresas que acuerdan estos acuerdos anti competitivos. Por este motivo, resulta lógico que se haya comenzado a utilizar de forma mucho más común esta herramienta regulada en la legislación española. Esto se debe en gran medida a que en el momento en el que se impone una sanción a una empresa, ésta queda económicamente diluida dentro de la estructura societaria y no tiene por tanto un efecto directo en los directivos de la empresa.

Por el contrario, en el caso de sanciones impuestas personalmente a ejecutivos, es la propia persona física del directivo la que queda expuesta al inicio de un procedimiento administrativo y al posible establecimiento de sanciones que afectarían a su propio patrimonio personal.<sup>76</sup>

Este último matiz de esta vía jurídica es la que supone que las sanciones impuestas frente a directivos suponen una medida significativamente más disuasoria como instrumento de represión de prácticas anti competitivas.

El hecho de que sea una medida dirigida contra el patrimonio del directivo y que por consiguiente signifique una medida más efectiva para combatir este tipo de conductas, es lo que hace que en el resto de países que nos rodean geográficamente existan la posibilidad de imponer sanciones personales a directivos mucho más elevadas de lo que establece la regulación española.

Por ejemplo, en Alemania estas sanciones pueden incluso llegar a la cifra del millón de euros en el caso de participación en grado de dolo. En el caso de Polonia, estas multan

---

<sup>76</sup> Callol, P. (2015). *La responsabilidad individual de directivos bajo el derecho de la competencia*. Barcelona: Callol Coca & asociados.

pueden llegar a alcanzar el medio millón de euros. En otras regiones como es el caso de los Países Bajos, la ley del país determina a la hora de fijar la cuantía de la multa es necesario atender a elementos de capacidad económica como puede ser la renta o el patrimonio sin que la sanción puede exceder los cuatrocientos cincuenta mil euros.<sup>77</sup>

No obstante, esta nueva vía para reclamar daños a las personas físicas ha sido objeto de muchas reclamaciones y presentación de recursos por parte de los directivos afectados. Para dar una solución a dichas reclamaciones, la jurisprudencia ha ido paliando los problemas de interpretación suscitados como consecuencia de la cada vez más común aplicación del explicado artículo 63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Así es importante analizar la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de abril de 2017. En este caso, se dictó sentencia condenatoria frente a la empresa *Infraestructuras Ferroviarias* el 30 de junio de 2016 en la que se sancionó a nueve personas físicas, “todas ellas por su participación en las conductas como representante.”<sup>78</sup> Una de las personas que fueron sancionadas decidió recurrir la resolución mediante el procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales.

El argumento de la persona que presentó el recurso se basaba en que ella no ostentaba la representación legal de la empresa y que por lo tanto no podía ser sujeto de sanción de acuerdo con el artículo 63.2 de la Ley de Defensa de la Competencia.<sup>79</sup> El recurrente manifestaba, además, no solo que el artículo exigía la necesidad de que el directivo hubiese participado en la celebración del acuerdo anticompetitivo en una posición del consejo de administración o similar sino también que se había vulnerado su derecho a la intimidad.<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> Callol, P. (2015). *La responsabilidad individual de directivos bajo el derecho de la competencia*. Barcelona: Callol Coca & asociados.

<sup>78</sup> Audiencia Nacional. Sala de lo contencioso (sección 1). Recurso núm. 251/2014 de 20 de abril de 2017.

<sup>79</sup> Audiencia Nacional. Sala de lo contencioso (sección 1). Recurso núm. 251/2014 de 20 de abril de 2017.

<sup>80</sup> Audiencia Nacional. Sala de lo contencioso (sección 1). Recurso núm. 251/2014 de 20 de abril de 2017.

Por consiguiente, esta sentencia es especialmente relevante ya que determina el motivo y las personas a las que se le puede sancionar a través de este procedimiento. También son importantes las decisiones acatadas por la sentencia en relación a la publicación del nombre de la(s) persona(s) sancionadas y su la posible violación del derecho a la intimidad, honor e imagen.

De esta forma, en relación al ámbito subjetivo de dicho artículo, la sentencia declara que existen dos clases de directivos que se encuentran amparados por este precepto. Estos son el representante legal de la empresa y, por otro lado, cualquier persona que integre los órganos directivos y que haya intervenido en el acuerdo o la decisión.

En relación al representante legal, la sentencia dictamina que sancionar a cualquier persona que forme parte de la empresa y que la represente en una determinada actuación, aunque sea de forma voluntaria, supone realizar una interpretación extensiva de una norma sancionadora y como consecuencia está proscrita por el principio de legalidad. Teniendo en cuenta este hecho, únicamente es posible sancionar a los representantes y no a aquellos que sean representantes voluntarios.

Sin embargo, el artículo 63.2 establece que además de los representantes legales, también se puede sancionar a “las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión.” Frente a estos órganos, la Audiencia Nacional considera en la sentencia que, ante la ausencia de una definición en la normativa de lo que debe constituir un órgano directivo, toda aquella persona que sea capaz de adoptar decisiones que **marquen, condicionen o dirijan** la actuación de una persona jurídica, puede ser sancionado por medio del artículo 63.2.

Asimismo, la sentencia informa de que el acuerdo en el que debe haber participado el directivo o el representante legal en cuestión tiene que ser anticompetitivo en sí para que sea posible la interposición de una sanción a los individuos.

Por último, la sentencia analiza también la posible violación del derecho a la intimidad, honor e imagen debido a la publicación de las personas que han sido sancionadas en las resoluciones de la CNMC, que se encuentra su amparo en el artículo 18 de la Constitución

Española. Ante esta situación, la AN determina que la publicación del nombre de la persona sancionada se basa en un estricto cumplimiento con la legalidad y que por lo tanto no supone una vulneración de ningún derecho fundamental como argumentaba el recurrente.

Por lo tanto, a modo de conclusión, este análisis de la Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de abril de 2017 confirma la viabilidad y la posibilidad de imponer sanciones a las personas físicas como consecuencia de las conductas anticompetitivas adoptadas por las empresas en las que forman parte siempre que hayan estado involucrados personalmente en la toma de la decisión.

### **3. POLITICA DE CLEMENCIA**

#### **1. Introducción**

Como ya se ha explicado a lo largo del trabajo, los acuerdos colusorios realizados entre empresas competidoras tienen efectos negativos sobre los propios consumidores y aportan consecuencias negativas a la eficiencia económica del mercado en el que compiten las empresas involucradas. Entre las consecuencias más comunes se encuentran la falta de innovación, la subida de precios, la reducción de la producción y por lo tanto conducen a los productores a fabricar productos de peor calidad.

No obstante, la existencia de normas jurídicas encaminadas a prohibir y sancionar la formación de cárteles y la labor realizada por los organismos de defensa de la competencia con el objetivo de disuadir la formación de los mismos parece no ser lo suficientemente útiles o eficaces como para eliminar o evitar actuales y futuros acuerdos colusorios entre competidores rivales. En concreto, entre los años 2002-2007 estableció 39 sanciones a diferentes cárteles cuya cuantía total en forma de multas ascendió a 7.039 millones de euros.<sup>81</sup>

---

<sup>81</sup> González, V.J. (2008). *Características y situación actual de la política de clemencia*. Bilbao: Cuadernos Europeos de Deusto. Nº 38/2008.

En términos generales se puede decir que la labor tradicional de los órganos de defensa de la competencia en su lucha contra la identificación y eliminación de los cárteles no ha sido muy efectiva en los últimos años. Esto se debe a dos motivos principales. En primer lugar, esto se debe a que no pueden alterar la estructura actual de los mercados. Esto hace referencia a una demanda inelástica, elevados costes de entrada o la homogeneidad del producto, todas ellas características que fomentan la continuidad en la creación de los cárteles. Además, dichos órganos encuentran enormes dificultades para identificar la existencia de cárteles en el mercado.<sup>82</sup>

Así, las formas más comunes de identificar un cártel son a través de la propia investigación por parte de las autoridades de la competencia, las manifestaciones por parte de algún integrante del propio cártel y finalmente la denuncia de un tercero. Sin embargo, como tales acuerdos tienen un carácter secreto, resulta muy difícil que un tercero disponga de los datos suficientes con lo que pueda formular una demanda exitosa. Del mismo modo, también resulta improbable que las autoridades dispongan de la información necesaria como para demostrar la existencia de los mismo.<sup>83</sup>

Por este motivo, en los últimos años se ha discutido sobre la necesidad de diseñar mecanismo que motiven a las empresas integrantes de un cártel a colaborar con las autoridades para demostrar ofreciéndoles pruebas suficientes como para demostrar la existencia, así como sus características o su modo de operar. Es en este contexto cuando surge la denominada **política de clemencia**.

Por consiguiente, la política de clemencia supone una estrategia encaminada a mejorar la eficiencia de las autoridades de defensa de la competencia en su objetivo de eliminar los acuerdos colusorios entre empresas. Como se explicará más adelante, los datos muestran que los resultados de los países que han implementado este tipo de mecanismo han sido realmente favorables.

---

<sup>82</sup> González, V.J. (2008). *Características y situación actual de la política de clemencia*. Bilbao: Cuadernos Europeos de Deusto. Nº 38/2008.

<sup>83</sup> González, V.J. (2008). *Características y situación actual de la política de clemencia*. Bilbao: Cuadernos Europeos de Deusto. Nº 38/2008.

## 2. Cárteles

De acuerdo con la disposición adicional cuarta de la Ley 15/2007, se entiende por cártel “todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de los mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones.”

Debido a su naturaleza ilícita, de la cual los miembros de los cárteles son plenamente conscientes, este tipo de acuerdos colusorios presentan un perfil secreto.<sup>84</sup> Su naturaleza ilegal hace que los miembros de dichos acuerdos adopten todas las precauciones de las que disponen para conseguir disimular las infracciones respecto de los consumidores y sobre todo de las autoridades de defensa de la competencia.<sup>85</sup>

Aun teniendo una naturaleza ilícita y ser perseguidos de forma constante por parte de las autoridades encargadas de velar por la defensa de la competencia, la formación de cárteles es común tanto a nivel internacional como europeo.

Así, un estudio muestra que en el período comprendido entre 1990 y 2005 se descubrieron un total de 260 cárteles internacionales y entre ellos, 186 operaban en Europa. Entre estos, el 20% eran cárteles que operaban en Europa en sentido amplio, lo que quiere decir que estaban activos en más de un estado miembro y el 23% eran nacionales, que significa que solamente operaban en uno de los estados miembros.<sup>86</sup>

La razón por la que, aun siendo ilegal, existen un gran número de empresas que deciden saltarse la ley y se involucran a formar este tipo de acuerdos colusorios radica en los grandes beneficios empresariales que obtienen las empresas participantes.

---

<sup>84</sup> OECD (2002 a). *Fighting hard core cartels – Harm , effective sanctions and leniency programs*. Recuperado de: <http://www.oecd.org/dataoecd/41/44/18411891.pdf>

<sup>85</sup> Tierno, M.L. y Peña, M.A. (2002). *La comunicación sobre la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en el caso del cártel*. Gaceta jurídica de la unión europea y de la competencia, nº220.

<sup>86</sup> Connor, J.(2006). *Effectiveness of Antitrust sanctions on Modern International Cartels*. Journal of Industry, Competition and Trade. Vol. 6.pp. 200-210.

Así, la integración en un cártel permite a las empresas integrantes establecer unos precios superiores a los que determinaría el mercado en una situación de libre competencia por lo que los agentes integrantes del cártel son capaces de cobrar a los consumidores un precio más elevado por los mismos productos y como consecuencia mejorar su rendimiento empresarial a expensas de los consumidores.<sup>87</sup>

En este sentido, atendiendo a una encuesta realizada por OECD (2002 a) en relación a 119 casos de cártel identificados en distintos estados miembros entre los años 1996-2000 determinó que la cuantía total de las transacciones registradas exclusivamente por dieciséis de estos cárteles era superior a los 55.000 millones de dólares a nivel internacional. A su vez, la encuesta identificó que si bien los márgenes de beneficio podrían variar en función del tipo de cártel y de la geografía, en algunos casos los beneficios alcanzaban proporciones desmesuradas llegando incluso a alcanzar unas ganancias superiores al 50%.

Estos datos, son un claro ejemplo de la motivación que empuja a las empresas a querer celebrar este tipo de acuerdos colusorios.

Pero como antes se ha mencionado, la naturaleza ilícita de estos pactos y las sanciones que se imponen a las empresas una vez se conoce su participación hace que las personas que deciden la inclusión de una empresa en un cártel actúen con la mayor precaución y prudencia para evitar la existencia de pruebas que les involucren en dichas prácticas. El mismo informe elaborado por OECD, informa que los integrantes de un cártel llevaban a cabo un minucioso control cuyo objetivo principal era confirmar la destrucción de cualquier documento mediante el cual se les pudiera incriminar.

Debido al cuidado y los esfuerzo que dedican las empresas integrantes en los cárteles para no dar rastro ni evidencia de su participación, se hace especialmente difícil para las autoridades correspondientes el valerse de las pruebas necesarias para demostrar su existencia.

---

<sup>87</sup> Connor, J.(2006). *Effectiveness of Antitrust sanctions on Modern International Cartels*. Journal of Industry, Competition and Trade. Vol. 6.pp. 200-210.

Por esta razón, la autodenuncia de alguna de las empresas infractoras en el acuerdo resulta especialmente relevante e importante para conseguir desarticular estos pactos anticompetitivos.

### 3. Política de Clemencia

Por tanto, la política de clemencia consiste en perdonar o disminuir la sanción que le correspondería a una empresa como consecuencia de su participación en un cártel siempre que dicha empresa ponga a disposición de las autoridades información relevantes del funcionamiento y del modus operandi del cártel.

Esto se refiere principalmente a pruebas suficientes para determinar la existencia del cártel, pero también a pruebas de sus reuniones, intercambio de información y características del mismo. Todas estas pruebas pueden ser extremadamente útiles para que los órganos de defensa de la competencia sean capaces de sancionar a las demás empresas integrantes del cártel y en última instancia procedan a la eliminación total del cártel.

Así, la principal prioridad de la política de clemencia es romper la **ley del silencio** de todos los miembros integrantes del cártel gracias a la denuncia de alguno de sus integrantes que delata al resto a cambio de conseguir una disminución o incluso la eliminación total de la multa que tendría que pagar por ser parte integrante del acuerdo.

Un estudio en el que se analizan 72 cárteles denunciados a partir del año 1990, demuestra que gracias a la política de clemencia las autoridades han sido capaces de desarticular cárteles de muchos años de existencia.<sup>88</sup>

Conjuntamente, otro estudio demuestra que en el caso en el que la empresa se acoja a un sistema de *bono*, este puede aumentar significativamente los incentivos para que una empresa sea más propensa a denunciar, por tanto, se trata de un método mucho más

---

<sup>88</sup> Leventesin, M.C. y Suslow, V.Y. (2006). *Determinants of International Cartel Duration and the Role of Cartel Organization*. Ross School of Business Working Paper Series.

potente a la vez que eficaz. Este sistema de bono se basa que cuando una empresa decide participar en el régimen de clemencia, ésta no solo no recibe la sanción, sino que además recibe una compensación adicional que asciende a la cuantía equivalente a las multas pagadas por los otros miembros del cártel que han sido sancionados.<sup>89</sup>

Del mismo modo, un estudio no muy antiguo revela cuatro modelos distintos que contienen diferentes características y formas distintas de comprometerse a la política de clemencia, así como sus efectos en relación a los precios, la formación de cárteles y denuncia.<sup>90</sup> Según este estudio cada una de las formas tiene las siguientes características.

- La forma **estándar** hace referencia en la que varias empresas se pueden comunicar con el objetivo de formar un cártel. En este contexto existe una norma que sanciona la formación de un cártel. De manera que, en el caso de descubrirse la existencia del cártel todos sus miembros recibirían una multa y por lo tanto no se aprecia la aplicación de una política de clemencia.
- En el caso de **clemencia**, como ya se ha explicado las empresas se pueden comunicar para formar un cártel y además existe una norma que prohíbe su formación. Además, aquí existe una herramienta de clemencia que establece que en el caso de que algún integrante del cártel denuncia su existencia se le exonera o se le reduce la multa impuesta por pertenencia al mismo cártel denunciado.
- El escenario **bono** es el mismo que en el caso anterior solo que este caso, la empresa denunciante además de ver su multa reducida o eliminada como consecuencia de su cooperación también recibirá las contraprestaciones económicas correspondientes a las multas que se les haya impuesto al resto de empresas integrantes del cártel denunciado.

---

<sup>89</sup> Spagnolo, G. (2004). Divide et Impera. *Optimal Leniency Programmes*. CEPR Discussion papers:4840.

<sup>90</sup> Jiménez, F. (2006). *La clemencia en la lucha contra los cárteles*. Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia núm. 241.

- Por último, el caso **ideal** plantea una situación en la que las empresas que forman parte del mercado no se pueden comunicar para formar un cártel y por tanto hace referencia a la situación deseada por las autoridades encargadas de la defensa de la competencia. Por este motivo, los resultados obtenidos en este sistema muestran una referencia con la que comparar los datos obtenidos en las situaciones anteriores.

Igualmente, el estudio muestra que, en caso del escenario estándar, los precios establecidos eran significativamente mayores que en el caso de una situación ideal. En el caso de que se den las situaciones del modelo de clemencia, el estudio desvela que los precios eran notablemente más bajos que en el caso del modelo estándar y que no existían diferencias sustanciales con respecto al modelo ideal. Además, en este caso existe una tendencia a que se reduzca el número de cárteles en el mercado y cada vez sea más frecuente la denuncia de la existencia de los mismos. Por último, en el caso del sistema bono, el precio era superior al del sistema de clemencia y el número de cárteles formados también era mayor. Sin embargo, este sistema también presenta un mayor porcentaje de cárteles denunciados.

Por lo tanto, a modo de conclusión, este estudio sirve para demostrar que en el caso de la adopción de un sistema de clemencia el efecto sobre el precio de mercado se produce hacia la dirección correcta ya que es capaz de reducirlos, incluso más que con la adopción de un sistema bono y que, además, se disminuye el número de cárteles que se forman incluso menos que si se implementara el sistema bono.

De esta manera, gracias a estos estudios se puede afirmar que la existencia de una herramienta como el sistema de clemencia en la sociedad tiene un buen potencial para desarticular los cárteles activos en el mercado, además de tener la facultad de disuadir la existencia de otros nuevos en el futuro. Esto se debe principalmente a que cualquiera de las empresas participantes de los cárteles puede decidir, en el momento que considere más oportuno, participar con las autoridades encargadas de defender la competencia.

#### **4. Programa de clemencia en el marco del derecho comunitario y del derecho interno.**

El primer programa de clemencia en el marco de la Unión Europea fue adoptado en el año 1996 y estaba inspirado en el programa americano del año 1993. Sin embargo, presentaba una particularidad frente al sistema americano. En el modelo americano era la primera empresa que denunciaba el cártel la que se podía acoger al régimen de clemencia y el resto de las empresas se veían obligadas a asumir las multas impuestas. Por el contrario, en el modelo europeo, además de la primera empresa denunciante, también se podía beneficiar otras empresas integrantes del cártel.<sup>91</sup>

En el año 2002 la Comisión determinó que, con la finalidad de mejorar la eficacia este programa debía de ser modificado y la manera más adecuada para ello era tomar una serie de medidas aproximarlo un poco más al sistema americano.<sup>92</sup> Por consiguiente, en esta mejora debatida en el año 2002 se optó por otorgar al programa de clemencia de una mayor transparencia y aumentar la certidumbre de los integrantes en el cártel en relación a las consecuencias que llevaba su denuncia.

Cuatro años después, en el año 2006, la comisión consideró que el programa necesitaba introducir una nueva reforma. En este año se publicó una nueva comunicación en referencia a la dispensa del pago de las multas y la disminución de su cuantía en casos de cártel.<sup>93</sup>

Por otra parte, en el del derecho interno no se regulaba la existencia de un programa de clemencia hasta la aprobación de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, completada por el Reglamento de desarrollo aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, a través del cual se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

---

<sup>91</sup> González, V.J. (2008). *Características y situación actual de la política de clemencia*. Bilbao: Cuadernos Europeos de Deusto. Nº 38/2008.

<sup>92</sup> González, V.J. (2008). *Características y situación actual de la política de clemencia*. Bilbao: Cuadernos Europeos de Deusto. Nº 38/2008.

<sup>93</sup> González, V.J. (2008). *Características y situación actual de la política de clemencia*. Bilbao: Cuadernos Europeos de Deusto. Nº 38/2008.

La legislación nacional necesitaba contar con un programa de estas características por distintos motivos. Entre ellos, los más destacados son: su éxito y eficiencia contrastada en los países en lo que se venía practicando, la internacionalización cada vez mayor de prácticamente todos los mercados y finalmente la innegable necesidad de una descentralización en la aplicación futura de la normativa comunitaria.<sup>94</sup>

Además, la falta de un programa de clemencia en la legislación española, imposibilitaba que la Comisión Europea enviara a la autoridad española encargada de esta materia, la CNMC, aquellas denuncias que se habían producido en el marco comunitario pero en las que, por determinados motivos, las autoridades españolas eran las que se encontraban mejor posicionadas para tratarlas.<sup>95</sup>

Por lo tanto, “el programa de clemencia español se integra en el marco del programa comunitario, siendo prácticamente idéntico al de la Comisión Europea.”<sup>96</sup> Así, este programa de clemencia de clemencia se encuentra desarrollado en el Título V, del régimen sancionador, de la Ley de Defensa de la Competencia y en particular en los artículos 65 y 66.<sup>97</sup>

#### **4. CASO GOOGLE**

Después de haber estudiado en detalle la teoría desarrollada a lo largo del trabajo, el último capítulo del mismo se va a centrar en exponer un caso real de vulneración del derecho de la competencia de una gran importancia y que ha servido para sentar un precedente a nivel europeo. Este es el caso de la multa que la Comisión Europea estableció para la compañía americana Google y se trata de la multa de mayor cuantía que la comisión europea ha impuesto jamás sobre una empresa por vulneración del derecho de la competencia.

---

<sup>94</sup> García, F. (2003). *Hacia una política de clemencia en el Derecho de la competencia español*. Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, nº227.

<sup>95</sup> Peña, M.A. (2006). *Régimen sancionador y clemencia: comentarios al título quinto del anteproyecto de ley de defensa de la competencia*. Serie política de la Competencia. Nº18.

<sup>96</sup> González, V.J. (2008). *Características y situación actual de la política de clemencia*. Bilbao: Cuadernos Europeos de Deusto. Nº 38/2008.

<sup>97</sup> González, V.J. (2008). *Características y situación actual de la política de clemencia*. Bilbao: Cuadernos Europeos de Deusto. Nº 38/2008.

En junio de 2017, Google, el gigante norteamericano, recibió la mayor multa antimonopolio que ha impuesto jamás la Comisión Europea. La comisión decidió multar a la compañía con una multa récord que asciende a la cuantía de 2.424 millones de euros por determinar que la compañía había vulnerado las normas de la libre competencia en el mercado de las búsquedas de productos y servicios a través de internet.<sup>98</sup> De acuerdo con la comisión, las prácticas desarrolladas por la propia compañía benefician a sus propios servicios y agentes de pago sin que el consumidor sea consciente del sesgo que se está realizando sobre el propio motor de búsqueda.

Como describió la comisaria europea de competencia, “Lo que ha hecho Google es ilegal bajo las normas europeas. Niega a otras compañías la oportunidad de competir en igualdad de condiciones e innovar. Y lo más importante: niega a los consumidores europeos una verdadera selección de servicios y los beneficios completos de innovación.<sup>99</sup> Por consiguiente, el argumento de Bruselas se fundamenta en que Google coloca en primera posición en su motor de búsqueda sus propios servicios (Google Shopping) sin tener en cuenta su relevancia o su grado de afinidad con la búsqueda intencionada por el consumidor.<sup>100</sup>

Según la Comisión, la multa (que asciende a un 2,7% de los ingresos anuales de la compañía), tiene por objeto responder a la duración (se calcula que venía ejerciendo esta actividad desde el año 2008) y la gravedad de la infracción y se ha calculado su importe tomando como base los ingresos que la compañía recibió gracias a su servicio Shopping en los 13 países dentro del mercado comunitario en los que opera, entre los que está incluido el territorio español.

---

<sup>98</sup> Abellán, L. (2017). *Bruselas sanciona a Google con una multa récord de 2.424 millones de euros*. El País. Recuperado de: [https://elpais.com/economia/2017/06/27/actualidad/1498554639\\_549183.html](https://elpais.com/economia/2017/06/27/actualidad/1498554639_549183.html)

<sup>99</sup> Abellán, L. (2017). *Bruselas sanciona a Google con una multa récord de 2.424 millones de euros*. El País. Recuperado de: [https://elpais.com/economia/2017/06/27/actualidad/1498554639\\_549183.html](https://elpais.com/economia/2017/06/27/actualidad/1498554639_549183.html)

<sup>100</sup> Abellán, L. (2017). *Bruselas sanciona a Google con una multa récord de 2.424 millones de euros*. El País. Recuperado de: [https://elpais.com/economia/2017/06/27/actualidad/1498554639\\_549183.html](https://elpais.com/economia/2017/06/27/actualidad/1498554639_549183.html)

Además, por si la cuantía de la multa no pareciera demasiado elevada en comparación con la facturación global del grupo, la comisión determinó que, si la empresa americana no modificaba su conducta en los noventa días siguientes a la imposición de la multa, se vería obligada a pagar una multa que ascendería al 5% de la facturación a nivel mundial.<sup>101</sup>

Bruselas confía en que esta sanción por el uso del *Shopping* de google pueda servir para sentar un precedente a nivel europeo y que la empresa modifique el funcionamiento de su buscador. Además de la multa establecida por la propia comisión, el gigante tecnológico tendrá que enfrentarse ahora a una posible indemnización a las compañías que han sido afectadas como consecuencia de su comportamiento.<sup>102</sup>

El objetivo de las sanciones, y más en el caso de una sanción de dimensiones millonarias, es el cese de la conducta por parte de la empresa infractora. En el caso del derecho de la competencia, la imposición de las multas tiene como objetivo garantizar la libre competencia en el mercado.

No obstante, la Comisión Europea ha vuelto a atacar a Google, en este caso por abuso de posición dominante de su sistema operativo de telefonía móvil Android, el más usado a nivel mundial. En este caso, Bruselas prepara una nueva sanción millonaria a la compañía, que se podría hacer pública en las próximas semanas, por presuntas prácticas anticompetitivas en su sistema de telefonía móvil<sup>103</sup>

A diferencia de la sanción anterior que versaba sobre su servicio de comparación de productos (Google Shopping), en este caso la comisión ha detectado que la compañía ha venido obligando a las empresas fabricantes de su sistema de telefonía móvil a preinstalar en los dispositivos las aplicaciones de google (Gmail, youtube, Chrome, etc). Además, la

---

<sup>101</sup> Abellán, L. (2017). *Bruselas sanciona a Google con una multa récord de 2.424 millones de euros*. El País. Recuperado de: [https://elpais.com/economia/2017/06/27/actualidad/1498554639\\_549183.html](https://elpais.com/economia/2017/06/27/actualidad/1498554639_549183.html)

<sup>102</sup> Abellán, L. (2017). *Bruselas sanciona a Google con una multa récord de 2.424 millones de euros*. El País. Recuperado de: [https://elpais.com/economia/2017/06/27/actualidad/1498554639\\_549183.html](https://elpais.com/economia/2017/06/27/actualidad/1498554639_549183.html)

<sup>103</sup> Fernández, G.J. (2018). *Bruselas prepara otra multa millonaria contra Google por Android*. Expansión, economía digital. Recuperado de: <http://www.expansion.com/economia-digital/companias/2018/06/07/5b190ed246163f9a078b4574.html>

comisión también acusa al gigante tecnológico estadounidense de ofrecer incentivos económicos a los fabricantes de dichos dispositivos móviles para garantizar la instalación de sus propias aplicaciones en los teléfonos.<sup>104</sup>

Y por si esto no fuera suficiente, la comisión se encuentra actualmente con otra posible sanción para Google ante la posibilidad de que la tecnológica haya restringido de forma no justificada el acceso a empresas competidoras los sitios web que utiliza su popular barra de búsqueda.<sup>105</sup>

## 5. CONCLUSIONES

El artículo 38 de la Constitución Española determina que “se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso de la planificación.”

Para dar cumplimiento a lo recogido en este artículo de nuestra Carta Magna, era necesario una regulación que, sin privar de libertad a los empresarios para la toma de sus decisiones, asegurara el buen funcionamiento de los mercados.

Con este objetivo se promulgó la ley 15/2007 de Defensa de la Competencia, que en su preámbulo dispone, “... su objeto es reformar el sistema español de defensa de la competencia para reforzar los mecanismos ya existentes y dotarlos de los instrumentos y la estructura óptima para proteger la competencia efectiva de los mercados, teniendo en cuenta el nuevo sistema normativo comunitario y las competencias de las comunidades autónomas en esta materia según la ley 1/2002, de 21 de febrero, de coordinación de las competencias del estado y comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia...”

---

<sup>104</sup> Fernández, G.J. (2018). *Bruselas prepara otra multa millonaria contra Google por Android*. Expansión, economía digital. Recuperado de: <http://www.expansion.com/economia-digital/companias/2018/06/07/5b190ed246163f9a078b4574.html>

<sup>105</sup> Fernández, G.J. (2018). *Bruselas prepara otra multa millonaria contra Google por Android*. Expansión, economía digital. Recuperado de: <http://www.expansion.com/economia-digital/companias/2018/06/07/5b190ed246163f9a078b4574.html>

A modo de conclusión y desde mi punto de vista una vez analizada dicha ley, la realidad demuestra que la ambición empresarial no siempre acata los límites de la ley. Los sobrepasa. Y a ello me refiero a lo largo de la segunda parte del trabajo.

Destaco el caso de directivos que participan en la adopción de acuerdos anticompetitivos y que ya no podrán ampararse en la empresa a la que pertenecen y eximirse así de su responsabilidad personal. Esto se debe a la existencia de recientes sentencias que, además de la sanción impuesta a la empresa, los inculpan a título personal como autores de una práctica ilícita estado obligados a responder con su patrimonio personal.

También se hace referencia a las sentencias condenatorias a Google por abuso de posición dominante en su servicio de compras online, imponiéndole la Comisión Europea una multa de 2.424 millones de euros.

Por todo ello puedo afirmar que, en la actualidad, las grandes empresas, no cambian sus prácticas empresariales a pesar de que se les impongan multas muy elevadas. Los beneficios que les reportan sus actuaciones, pese a ser ilícitas, les siguen generando grandes beneficios. Sin embargo, las sentencias mencionadas y el uso de nuevas herramientas jurídicas, han iniciado un camino con nuevos horizontes que, seguro, producirán a la larga, cambios en las estrategias empresariales.

La sentencia condenatoria a Google, además de las dos que, posiblemente, dictará la Comisión Europea en un futuro próximo, son prueba de ello.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

1. Instituto nacional de estadística. (INE).
2. Broseta Pont, M y Martínez Sanz, F. (2015). Manual de Derecho Mercantil. Madrid: Tecnos, Grupo Anaya.
3. Callol, P. (2015). La responsabilidad individual de directivos bajo el derecho de la competencia. Barcelona: Callol Coca & asociados.
4. González, V.J. (2008). Características y situación actual de la política de clemencia. Bilbao: Cuadernos Europeos de Deusto. Nº 38/2008.
5. OECD (2002 a). Fighting hard core cartels – Harm , effective sanctions and leniency programs. Recuperado de: <http://www.oecd.org/dataoecd/41/44/18411891.pdf>
6. Tierno, M.L. y Peña, M.A. (2002). La comunicación sobre la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en el caso del cártel. Gaceta jurídica de la unión europea y de la competencia, nº220.
7. Connor, J.(2006). Effectiveness of Antitrust sanctions on Modern International Cartels. Journal of Industry, Competition and Trade. Vol. 6.pp. 200-210.
8. Leventesin, M.C. y Suslow, V.Y. (2006). Determinants of International Cartel Duration and the Role of Cartel Organization. Ross School of Business Working Paper Series.
9. Spagnolo, G. (2004). Divide et Impera. Optimal Leniency Programmes. CEPR Discussion papers:4840.
10. Jiménez, F. (2006). La clemencia en la lucha contra los cárteles. Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia núm. 241.

11. García, F. (2003). Hacia una política de clemencia en el Derecho de la competencia español. Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia, nº227.
12. Peña, M.A. (2006). Régimen sancionador y clemencia: comentarios al título quinto del anteproyecto de ley de defensa de la competencia. Serie política de la Competencia. Nº18.
13. Abellán, L. (2017). Bruselas sanciona a Google con una multa récord de 2.424 millones de euros. El País. Recuperado de: [https://elpais.com/economia/2017/06/27/actualidad/1498554639\\_549183.html](https://elpais.com/economia/2017/06/27/actualidad/1498554639_549183.html)
14. Fernández, G.J. (2018). Bruselas prepara otra multa millonaria contra Google por Android. Expansión, economía digital. Recuperado de: <http://www.expansion.com/economia-digital/companias/2018/06/07/5b190ed246163f9a078b4574.html>

## **7. LEGISLACIÓN CONSULTADA**

1. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848 a 28872.
2. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado núm.311, de 29 de diciembre de 1978, pp. 29313 a 29424.
3. Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Versión Consolidada. Diario Oficial de la Unión Europea núm. 83, de 30 de marzo de 2010, pp. 47 a 199.
4. Reglamento (UE) núm. 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.
5. Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la competencia. Boletín Oficial del Estado núm. 50, de 27 de febrero de 2008, pp. 11575 a 11604.

## **8. JURISPRUDENCIA CONSULTADA**

1. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Caso Pasta de Madera. Sentencia de 27 de septiembre 1988.
2. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Caso Michelin. Sentencia de 9 de noviembre de 1983.
3. Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Caso United Brands. Sentencia de 14 de febrero de 1978.
4. Audiencia Nacional. Sala de lo contencioso (sección 1). Recurso núm. 251/2014 de 20 de abril de 2017.