



FACULTAD DE DERECHO

EL EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA EN EL ÁMBITO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Autor: Clotilde Domecq Carrión

E-1 Derecho

Derecho administrativo

Tutor: Maria Burzaco Samper

Madrid

Abril, 2022

INDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS	4
1. LA COMPETENCIA	5
1.1. CONCEPTO DE LA COMPETENCIA	5
1.2. EL PORQUÉ DEL NACIMIENTO DE LA COMPETENCIA	5
2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA.	6
2.1. REGULACIÓN DEL DERECHO ESPAÑOL DE LA COMPETENCIA	6
2.2. ÓRGANOS QUE REGULAN LA COMPETENCIA EN ESPAÑA.....	7
3. LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE LA COMPETENCIA.	7
3.1. ORIGEN DE LA CNMC	7
3.2. NATURALEZA DE LA CNMC.....	8
3.3. COMPETENCIA DE LA CNMC PARA SANCIONAR	9
3.4. RESOLUCIONES DE LA CNMC	10
3.4.1. Resoluciones de la CNMC anuladas.....	11
3.4.2. Resoluciones de la CNMC reiteradas	13
4. EL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA.....	13
4.1. REGULACIÓN	13
4.2. COMPETENCIA PARA SANCIONAR.....	14
5. CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.....	15
5.1. COLUSIÓN	15
5.2. ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO.....	16
5.3. FALSEAMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA POR ACTOS DESLEALES	17
6. SANCIONES EN CASO DE INFRINGIR EL DERECHO DE LA COMPETENCIA	18
6.1. SANCIONES EN EL DERECHO DE COMPETENCIA EN ESPAÑA.....	18
6.2. SANCIONES EN DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EUROPA.....	21
7. PROGRAMAS DE CLEMENCIA.....	23
7.1. PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN EL ÁMBITO ESPAÑOL	23
7.2. PROGRAMAS DE CLEMENCIA EN EL ÁMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA	27
8. TERMINACIÓN CONVENCIONAL O SETTLEMENT	28
8.1. ÁMBITO EUROPEO	28
8.2. ÁMBITO ESPAÑOL.....	30
9. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD	32
10. ADMINISTRACIÓN COMO INFRACTORA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	34
11. CONCLUSIONES.....	36
12. FUENTES DE INVESTIGACIÓN	39

LISTADO DE ABREVIATURAS

AN: Audiencia Nacional

BCE: Banco Central Europeo

CCAA: Comunidades Autónomas

CE: Constitución Española

CNMC: Comisión Nacional de los Mercados de la Competencia

EDJ: El Derecho-Base de datos de jurisprudencia y legislación

LDC: Ley 15/2007 de 3 de julio, Defensa de la Competencia

REC: Recurso de Casación

RJCA: Ley 29/1998, de 13 de Julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

STC: Sentencia

TFUE: Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

TS: Tribunal Supremo

UE: Unión Europea

1. LA COMPETENCIA

1.1. Concepto de la Competencia

La Competencia se encuentra definida en el artículo 38 de la Constitución Española¹, donde se entiende que la competencia justa y efectiva entre las empresas constituye una economía de mercado, garantizando su derecho a la libertad para operar en él. La competencia debe ser regulada y protegida por los poderes públicos, instaurando disciplina y eficiencia productiva. La competencia, por tanto, se considera hoy en día como uno de los elementos principales de la política económica. Tras entender que es la competencia según el artículo 38 de la CE y definir su importancia para la regulación de la actividad económica y promover los factores generales de la economía, se entiende la necesidad de un sistema que se encargue de procurar el buen funcionamiento del mercado sin intervenir en las decisiones de las empresas. Para ello, se promulgó la Ley 16/1989 y más tarde tras varias modificaciones la actual Ley 15/2007, del 3 de julio, Defensa de la Competencia, en adelante ‘Ley 15/2007’, que como vemos en su preámbulo, tiene el objeto de crear la Comisión Nacional de la Competencia como entidad de derecho público con personalidad jurídica, para ejercer el control de la eficacia del mercado y el buen funcionamiento de las empresas, es decir, que no se infrinjan las conductas tipificadas en el capítulo primero de la citada ley.

1.2. El porqué del nacimiento de la Competencia

El derecho público de la competencia, como menciona Laguna de Paz debe existir para regular y controlar de una forma justa la competencia, ya que, si se deja al libre albedrío de las fuerzas del mercado, las empresas podrían ganar cuota de mercado y de esta forma acabar afectando de una forma negativa, a los consumidores, a la economía y a la sociedad². En la CE encontramos el artículo 38, que hace referencia a la defensa de la competencia, pero no hay más regulación en ella sobre este derecho, por ello nace la necesidad de una legislación propia. Dicha legislación contiene una dicotomía entre autoridades reguladoras y autoridades de competencia, de legislación regulatoria y legislación de defensa de la competencia. Entre las distintas finalidades del derecho de defensa de la competencia, se pueden distinguir, por un lado, la necesidad de satisfacer el interés público y por otro la finalidad de defender el interés privado de los competidores y de los consumidores. Según Guillén Caramés, la competencia comenzó a regularse como garantía institucional del sistema económico que se veía afectado

¹ Ley 15/2007, de 3 de Julio, de Defensa de la Competencia.

² Laguna de Paz, JC. *Tratado de Derecho administrativo General y económico*, Editorial Civitas, 2022.

por las prácticas restrictivas de los empresarios y como consecuencia, se configura la libre competencia como un principio del buen funcionamiento del mercado, requiriendo de la intervención de las Administraciones públicas³.

La regulación de la competencia es básica para poder mantener un sistema de mercado donde no se cometan prácticas que dañen a los usuarios y a los consumidores, es la forma más hábil para poder mantener un orden y un sistema justo, ya que si se deja a su libre albedrío como consideraba Adam Smith que era la mejor forma del funcionamiento del mercado, se cometerían lo que hoy en día llamamos infracciones.

2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN ESPAÑA.

2.1. Regulación del Derecho español de la competencia

El Derecho Español en el ámbito de la competencia se reguló por primera vez en la Ley 110/1963 de represión de prácticas restrictivas de la competencia, esta legislación, como su nombre indica, se creó para combatir las prácticas restrictivas de la competencia. Dicha ley tipifica, por primera vez, las conductas colusorias y abusivas que se consideran prohibidas y penadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia y al Servicio de Defensa de la Competencia.

Con el tiempo fueron necesarias modificaciones y una legislación más amplia y aplicada, por ello, derogando la Ley 110/1963 se instauró la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia, que reunía las conductas prohibidas y las concentraciones económicas y de ayudas públicas. Además, esta nueva ley, partía de la idea de que toda la materia de la competencia correspondía al Estado.

En el presente, rige la Ley 15/2007, con esta nueva ley se abandona la figura del Tribunal y el Servicio de Defensa de la Competencia, sustituyéndolos a nivel nacional por la Comisión Nacional de la Competencia, la cual era una administración independiente del gobierno, esta entidad se derogó en cuanto emergió la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en adelante ‘CNMC’, creada por la Ley 3/2013, como organismo regulador multisectorial y autoridad española de defensa y regulación de la competencia a nivel estatal⁴.

Como menciona Palomar Olmeda, desde su perspectiva, las evoluciones legislativas se tuvieron que dar por la evolución del mercado y debido a su globalización, específicamente la consideración de un mercado común con la UE que supuso un ‘replanteamiento evidente de los fundamentos esenciales de las medidas’. Como se observa en la Sentencia del TS del 8 de

³ Guillén Caramés, J. ‘*Tratado de la competencia y de la publicidad*’. 2014. TOL4.431.486.

⁴ Baño Leon, JM. ‘*La evolución del derecho de la competencia y su irradiación en el Derecho Público*’.

junio de 2015, se pretende que se aumente la capacidad de disuasión del sistema de defensa de la competencia, de forma que los infractores de la Ley 15/2007 no solo tengan sanciones administrativas, sino que sufran consecuencias económicas privándoles de sus ganancias y haciéndoles pagar una indemnización por daños y perjuicios⁵.

Deben existir leyes y regulaciones que se amolden a las nuevas realidades, por ello es importante que los legisladores sean conscientes de la constante necesidad de seguir legislando circunstancias que en el pasado no se daban y con el paso de los años sí, así como la apertura de nuevos mercados de los que existe muy poca regulación y se puede dar situaciones indeseables, como por ejemplo el nuevo mercado virtual del Metaverso. Ya se han producido los primeros problemas legales en él y al ser un mercado y una realidad emergente existe mucha incertidumbre y vacío legal para gestionar su buen funcionamiento.

2.2. Órganos que regulan la competencia en España.

Tras la Ley 3/2013, la defensa de la competencia en España está casi en exclusiva encomendada al organismo de la CNMC, pero no tiene el monopolio de la defensa, sino que también debe tenerse en cuenta el control de la Unión Europea, en especial el de la Comisión Europea, este organismo se encarga de la investigación y sanción de todas aquellas prácticas anticompetitivas. Es decir, la competencia para estos asuntos está compartida entre las Autoridades Nacionales y Las Autoridades Europeas. Según el artículo 18 de la Ley 15/2007, es necesaria una colaboración entre la CNMC y la Comisión Europea, así como de los órganos de defensa de la competencia de otros estados. Como menciona los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea, estos órganos podrán intercambiar y usar como ‘medio de prueba todo elemento de hecho o derecho, así como la información confidencial’ tal como prevé la normativa comunitaria. Por lo que hoy en día en España como recoge la LDC⁶, los órganos competentes para la aplicación de esta ley serán, La Comisión Nacional de los Mercados de la Competencia, los órganos competentes de las CCAA y el Consejo de Ministros.

3. LA COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE LA COMPETENCIA.

3.1. Origen de la CNMC

Vemos por primera vez el organismo de la Comisión Nacional de Mercados de la Competencia, así como las autoridades de competencia autonómicas tras la Ley del 3/2013⁷ de creación de la

⁵ Palomar Olmeda, A. ‘*Derecho de la Competencia*’ 2019. TOL7.254.359

⁶ Ley 15/2007.

⁷ Ley 3/2013, del 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

CNMC, en adelante, ‘Ley 3/2013’, destituyendo a su creación a la entidad conocida hasta el momento como la Comisión Nacional de la Competencia, creada por la Ley del 15/2007 y otros organismos reguladores así como la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Comité de Regulación Ferroviaria, la Comisión Nacional del Juego, la Comisión de Regulación Económica Aeroportuaria y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales.

El origen de este tipo de organismos se encuentra en 1887, tras el Congreso de los Estados Unidos de América que encomendó la Comisión de Comercio Interestatal (ICC) en el sector ferroviario. Tras este hecho se comenzó a impulsar la creación del ‘Federal Trade Commission’ en 1914 tras las políticas antimonopolio, desde ahí se comenzaron a ver alrededor de los países del Atlántico más Comisiones para el control de la competencia, pero no fue hasta los años 80 y 90 cuando se empezaron a usar en Europa y en España dichos organismos. En España se optó por una separación de funciones y los organismos han ido creciendo notablemente desde 2011, hasta ese año solo existían 5 organismos de este tipo y ahora contamos con la aprobación de la creación de 8 organismos supervisores entre otros; La comisión nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Comunicaciones y la Comisión Nacional del Juego⁸.

3.2. Naturaleza de la CNMC

La CNMC es un organismo supervisor, tiene el objeto de velar por el correcto funcionamiento del mercado y la tarea de regular y supervisar a las entidades que participan en el mercado y su comportamiento, ejercerá sus funciones en todo el territorio español y en relación con todos los mercados o sectores económicos en beneficio de todos los usuarios y consumidores, como determina el artículo 1 de la Ley 3/2013.

La CNMC engloba las competencias necesarias para la defensa de la competencia y su regulación⁹, dicha amplitud de competencia abre un debate que comenta Guillén Caramés¹⁰, ya que dicha competencia puede considerarse que entra en conflicto con algunos derechos fundamentales de aquellos sujetos que se vean afectados por las actuaciones de investigación de la CNMC, por ello la Ley 3/2013, como señala Rebollo Puig, contiene la regulación de las potestades de inspección de la CNMC, específicamente la potestad domiciliaria sobre las empresas en su artículo 27 y las actuaciones inspectoras para requerir información en el artículo 28. Por otro lado, para determinar cuáles son aquellos derechos fundamentales que se pueden

⁸ Ley 3/2013.

⁹ Página Web Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia

¹⁰ Guillén Caramés, J., Martín Pastor, J. ‘Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia.’ BIB 2015\497.

ver afectados por las autoridades de competencia y que deben ser respetados se tendrá que recurrir al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

La CNMC tiene personalidad jurídica propia y cuenta con capacidad tanto pública como privada para actuar en el desarrollo de su actividad con el ánimo de cumplir con sus funciones y sus objetivos, tiene autonomía orgánica y funcional por lo que actúa con independencia plena de las Administraciones Públicas, así como del Gobierno y de los agentes del mercado. Sin embargo, esto no la exime de estar sometida al control parlamentario y judicial como recoge el artículo 2 de la Ley 3/2013.

En la Ley 40/2015, 1 de octubre del Régimen Jurídico del Sector Público, dedica un apartado a las autoridades administrativas independientes, es decir, autoridades como la CNMC¹¹, reguladas específicamente en artículos 109 y 110, dejando claro que dichas autoridades se caracterizan por tener personalidad jurídica propia.

La CNMC al estar sometida a la Ley 39/2015 tiene naturaleza de Administración Pública, por ello el régimen jurídico al que se somete su actuación es el jurídico-administrativo, cabiendo así recurso contencioso administrativo contra sus resoluciones.

3.3. Competencia de la CNMC para Sancionar

La Ley 15/2007, contiene en su artículo 19 la definición de la CNMC como una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, la cual está a su vez adscrita al Ministerio de Economía y Hacienda y por ello tiene poder para ejercer control de eficacia sobre su actividad.

Vemos referencia al artículo 19 de la Ley 15/2007, en el artículo 29 de la Ley 3/2013 que trata sobre la potestad sancionadora de la CNMC, el cual explica que el ejercicio de esta potestad se da debido a que existe una separación funcional entre la fase instructora y la resolutoria¹².

Según otorga esta ley, la CNMC tendrá, por tanto, autonomía orgánica y funcional, además de plena independencia de las Administraciones Públicas para el desarrollo de sus funciones y de su actividad, es por tanto un organismo público de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, que se encarga de promover y proteger la competencia efectiva de los mercados en el ámbito nacional. Está legitimada para poder impugnar las actuaciones y conductas de otras Administraciones Públicas que estén sujetas al derecho administrativo ante la jurisdicción.

¹¹ Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

¹² Ley 3/2013.

En el segundo apartado de dicho artículo se recoge la aplicación subsidiaria de la Ley 30/1992, 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas, la Ley 6/1997, 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y de su propio Estatuto, en caso de defecto de lo que se dispone en la Ley 15/2007.

Las Administraciones Públicas cuentan con potestad sancionadora, es decir, tienen potestad para poder imponer sanciones cuando se comete una infracción, tienen ‘ius puniendi’ del Estado y se encuentra recogido en el artículo 25 de la CE por el principio de legalidad administrativa y penal. Como menciona Pontón Aricha, en dicha competencia de la Administración encontramos principios como el de legalidad, tipicidad, irretroactividad, responsabilidad, proporcionalidad, *non bis in idem*, prescripción, como principios de la potestad sancionadora¹³.

La Ley 3/2013 de creación de la CNMC y el ordenamiento jurídico le otorga a la CNMC competencia para poder regular materias concretas, específicamente aquellas que se encuentran recogidas en el capítulo II de la ley mencionada y en la legislación sectorial que corresponda a cada materia, determinando sus funciones¹⁴.

Es importante como se ha mencionado con anterioridad, que exista un organismo que regule el mercado y su buen funcionamiento para el bien común, así como la necesidad de que el organismo escogido para ello, en este caso la CNMC haya ido evolucionando a lo largo de los años, adaptándose a las nuevas realidades e incluso cambiando de nombre a medida que iba creciendo. Es un concepto relativamente nuevo en nuestro sistema, ya que la primera vez que se instauró un control del buen funcionamiento del mercado fue en el siglo XIX en Estados Unidos, y específicamente en España en la década de los 80, concretamente en 1988. Teniendo en cuenta lo ‘joven’ que es este organismo, está bastante conseguido y regulado, además es una medida acertada que se haya consagrado como un organismo independiente de las Administraciones Públicas. En cuanto a la separación entre el poder nacional para sancionar (CNMC) y el poder para sancionar en el ámbito europeo (Comisión), está bastante definido y conseguido para que no existan conflictos.

3.4. Resoluciones de la CNMC

El Tribunal Supremo y Audiencia Nacional tienen sobre la CNMC jerarquía y poder judicial. La potestad sancionadora en el ámbito del derecho de la competencia refleja el poder de la

¹³ Pontón Aricha, T. ‘*La posición jurídica del contribuyente ante la resolución judicial anulatoria*’ TOL7.682.880

¹⁴ Jover, J. M. ‘*La potestad normativa de la CNMC. Revista de Administración Pública*’ 2020.

Audiencia Nacional para anular las resoluciones de la CNMC y del Tribunal Supremo para ratificar o no lo que dicte la AN, es decir, ante recurso contra las resoluciones de la CNMC la palabra para clarificar la procedencia de la admisión del recurso o no, la tendrá los dos órganos mencionados¹⁵. El Poder Judicial al que nos referimos en este apartado se encuentra regulado en el Título VI de la Constitución Española de 1978 y en la Ley Orgánica del Poder Judicial de 2015.

3.4.1. Resoluciones de la CNMC anuladas

Las prácticas anticompetitivas se han ido penando a lo largo de los años y por ello nos encontramos con jurisprudencia de todo tipo. La CNMC tiene competencia para sancionar a aquellas empresas o personas físicas que considere que incumplen la ley y son un peligro para el mercado. Este organismo es independiente como ya se ha mencionado anteriormente, sin embargo, está sometido al control del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional. Cabe plantear recurso contencioso-administrativo por las entidades sancionadas ante las resoluciones tomadas por la CNMC y será resuelto por la AN, y recurso de casación ante las sentencias de la AN que será resuelto por el TS. Por ello, nos encontramos con casos en los que ciertas decisiones de la CNMC han sido anuladas por el Tribunal Supremo o la Audiencia Nacional. Vemos como ejemplo de lo mencionado la Resolución dictada el 26 de febrero de 2015 por la CNMC ¹⁶ en la cual se infringe el artículo 1 de la ley 15/2007. En este caso, la CNMC consideró que 11 empresas lácteas habían cometido actos anticompetitivos a través de prácticas prohibidas, incurriendo en un intercambio de información con acuerdos para el reparto del mercado y fijar las condiciones comerciales en el mercado de la leche cruda de vaca. La empresa recurrente impugnó la resolución que la condenó a una sanción pecuniaria equivalente a 929.644 euros por infringir gravemente el artículo 1 de la Ley 15/2007 y el 101 del TFUE. En este caso la empresa sancionada, solicitó la nulidad de la resolución dictada por la CNMC el 26 de febrero de 2015 a través de una demanda, en el escrito considera que hubo un abuso de la Administración de la potestad de corregir errores materiales en el pliego de concreción de hechos, una vulneración del derecho de defensa, una vulneración del principio de presunción de inocencia y de tipicidad, la no aplicación de la regla *minimis* en el caso de que se probara su conducta anticompetitiva y la indefensión por falta de motivación con la determinación del importe de la multa, por ello la entidad pidió la nulidad de la sanción por ser desproporcionada.

¹⁵ Página web Poder Judicial.

¹⁶ De Carlos Castillo, A. 'Área Derecho Público. Departamento de Desarrollo y Soluciones de Contenidos-Legal & T&A.' *Revista Aranzadi Doctrina*. BIB 2018\14715.

Como fallo, la AN estimó el recurso planteado por la empresa mercantil y *'anula la resolución sancionadora impugnada, pero ordenando que se retrotraigan las actuaciones de la CNMC al momento inmediatamente anterior al de la resolución de la Dirección de Competencia de 24 de abril de 2014'* ¹⁷. La normativa que empleó en dicha Sentencia la AN fue el Artículo 1 de la Ley 15/2007 y Artículo 101 del TFUE.

Existen más casos que reiteran el poder de la AN y el TS sobre las resoluciones de la CNMC como los siguientes:

El auto del Tribunal Supremo del 21 de julio de 2021, que ratificó lo dictado por la Audiencia Nacional tras la sentencia de la CNMC del 15 diciembre 2016¹⁸, que sancionaba a 23 empresas de cemento a una multa de 29,1 millones de euros, por un supuesto cártel infringiendo el artículo 101 y 102 del TFUE. El Tribunal Supremo dictaminó que no existían pruebas suficientes para determinar el reparto de mercado o acuerdo de fijación de precios entre los años 1999 y 2014, como alegaba la CNMC.

La Sentencia del 11 de julio de 2016¹⁹, en el que la Audiencia Nacional considera inocente a la empresa láctea Nestlé sancionada por la CNMC, tras considerarse que incurría en prácticas anticompetitivas de intercambio de información y fijación de precios y estrategias. Por lo que el TS ratifica lo decidido por la AN sobre la retroacción de actuaciones.

Cabe reiterar la importancia de regular el control de todo organismo de nuestro ordenamiento, ya que si no se diera este control peligraría el principio de seguridad jurídica, siendo este un principio esencial para el buen funcionamiento de un Estado de derecho. Por eso, es importante mencionar las sentencias que han sido anuladas por un abuso de la CNMC, para mostrar que en España no hay abusos de poder de los Organismos Públicos y de las Administraciones, o que por lo menos se trata de garantizar dicha seguridad. Además, es importante que haya una división de poderes de forma que no se concentren todas las competencias en un mismo órgano y que se puedan controlar entre ellos mediante un sistema jerárquico donde el TS y la AN controlen a la CNMC. Sin embargo, es importante que se siga estudiando y determinando las conductas anticompetitivas, es decir, que se llegue a una definición más clara del falseamiento de la libre competencia de actos desleales, ya que es un concepto algo ambiguo, de esta forma su infracción sea más obvia y fácil a la hora de sancionar, así la CNMC se equivocará en menor medida.

¹⁷ Resolución de la CNMC 26 de febrero de 2015, (AC 2015,1571).

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo del 15 de diciembre de 2016.

¹⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional del 11 de junio de 2016 (RJCA 2016, 740)

3.4.2. *Resoluciones de la CNMC reiteradas*

Las entidades y personas físicas sancionadas tienen el derecho a interponer recurso ante el TS y la AN, si no están conformes con la resolución de la CNMC. El TS y la AN podrán, por tanto, o anular las resoluciones de la CNMC o reiterarlas, ya que estos órganos no solo se dedican a controlar de forma negativa a la CNMC, sino a apoyarla en caso de tener fundamento para su resolución.

Por ello en la Sentencia del Tribunal Supremo del 1 de marzo de 2018²⁰, en la que la empresa Hormigones Berian, S.A. interpuso un recurso de casación basándose en el principio de proporcionalidad, contra la sentencia de la AN, tras desestimar un recurso contencioso-administrativo contra la resolución de la CNMC en enero de 2012. Esta entidad dedicada al hormigón y productos relacionados fue sancionada con una multa de 2.508.758 euros por la comisión de un cártel, por el que se fijaban precios y se repartía el mercado de las obras, infringiendo el artículo 1 de la Ley 15/2007. El Tribunal no consideró lo alegado por la entidad como requisito para interponer recurso contencioso-administrativo, reiterando por tanto la sentencia de la AN. Otro caso en el que el TS apoya la decisión de la AN es la Sentencia del Tribunal Supremo del 11 de septiembre de 2015²¹, tras el recurso de casación presentado por la entidad Sorigué S.A. basándose en el principio de proporcionalidad, contra la Sentencia de la AN del 4 de enero de 2013 que falla desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de la CNMC del 19 de octubre de 2011, la cual imponía a la entidad una sanción de 1.722.695 euros por infringir el artículo 1 de la Ley 15/2007. El TS apoya la sentencia de la AN desestimando el recurso contencioso-administrativo.

4. EL DERECHO EUROPEO DE LA COMPETENCIA

4.1.Regulación

El derecho de la competencia en el ámbito europeo está regulado en el Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE). Es un elemento básico para el sistema económico y su finalidad, tanto a nivel nacional como supranacional, es mantener un equilibrio del sistema, controlando las actuaciones de las empresas en el mercado, de forma que no pongan en peligro el orden, ni vulneren la libertad de empresa, pero manteniendo su derecho a la libertad de acceso al mismo y la libertad para decidir las condiciones y ventajas comerciales. Cómo

²⁰ Sentencia del Tribunal Supremo del 1 de marzo de 2018. TOL6.531.085

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo del 11 de septiembre de 2015. TOL5.438.542

considera Cerdá Martínez-Pujalte los ‘agentes económicos que concurren en el mercado no sólo tienen derecho a competir, sino que también tienen el deber de hacerlo’²².

Cabe destacar de entre estos artículos del TFUE que regulan la competencia, los artículos 101 hasta el 105, los cuales tratan las conductas colusorias, es decir, las prácticas que se consideran anticompetitivas, así como la prohibición de los cárteles en el artículo 101 y los abusos de posición dominante en el artículo 102.

El Reglamento CE 139/2004 del Consejo, de 2004, engloba las normas sobre el control de las concentraciones entre empresas, este reglamento nace de la necesidad de apoyar el artículo 102 y 352 del TFUE. Una concentración, como define Martín Aresti, es el nombre para catalogar un cambio de control entre una o más empresas, es decir, cuando existe una empresa o más que a través de una operación cambia de control y pasa a estar controlada por uno o varios sujetos. Este fenómeno debe regularse ya que debido a este acto el número de empresas en el mercado se reduce y pueden causar perjuicios. Este control será competencia de la CE si dicha concentración es comunitaria, sin embargo, si es a nivel nacional será competencia de las Autoridades Nacionales. Para determinar quien tendrá competencia y si se trata de una concentración comunitaria o nacional se aplicará el artículo 1 del Reglamento 139/2004²³.

4.2. Competencia para sancionar

El Reglamento (CE) n°1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre la competencia, en adelante, Reglamento 1/2003, es complementario al TFUE, hace especial referencia a las conductas colusorias y abusivas, las cuales afectan al comercio de entre los Estados Miembros de la UE. Si los efectos de estas prácticas se limitan solo a un Estado Miembro, la competencia será de las autoridades de este, pero si afectan de forma europea existen unas normas para distribuir la competencia, de forma que según los artículos 11, 12, 15 y 16 del Reglamento;

- La CE como las Autoridades Nacionales tienen competencia para investigar y sancionar las conductas restrictivas de la competencia.
- La CE como las Autoridades Nacionales deben intercambiar información.
- Si la CE tramita un procedimiento las Autoridades Nacionales no podrán aplicar los arts. 101 y 102 TFUE.
- Si la Autoridad Nacional de un EM tramita un procedimiento, la CE sólo tendrá competencia para incoar el procedimiento tras una consulta con la Autoridad.

²² Cerdá Martínez-Pujalte, CM, ‘La igualdad en el Derecho’ 2008. TOL1.264.811.

²³ Martín Aresti, P. ‘Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad’ TOL4.431.494.

- La CE solo puede aplicar el derecho europeo.
- Autoridades Nacionales pueden aplicar el derecho europeo y el derecho nacional.

Debido a esto, si el asunto solo tiene efectos dentro de un EM la competencia será exclusiva de sus Autoridades Nacionales y no la CE. Por lo contrario, si la conducta tiene efectos supranacionales entonces la competencia concurre entre las autoridades nacionales como la CNMC y la CE, ambas dos pueden iniciar el procedimiento, siendo por tanto una competencia compartida y no exclusiva. Aún que, no debemos olvidar que la Comisión siempre tiene prioridad y por ello, si ha sido ella quien ha iniciado un proceso para la investigación de cualquier conducta anticompetitiva entonces ya no podrán entrar a la investigación la Autoridad Nacional correspondiente resultando por tanto en su abstención, así como su vinculación definitiva a la decisión tomada por la Comisión Europea, es decir, si la Comisión concluye que no ha habido una conducta anticompetitiva las Autoridades Nacionales no podrán decir lo contrario²⁴.

Es relevante la mención al artículo 106 del TFUE, que determina las entidades sujetas al derecho de la competencia. Estarán sujetas, por tanto, las empresas privadas y las empresas públicas, incluso a aquellas ‘entidades de gestión de servicios de interés económico general o de carácter de monopolio fiscal que hayan sido otorgadas derechos especiales o exclusivos por el Estado Miembro, siempre y cuando su sujeción al derecho de la competencia no impida el cumplimiento de su misión’²⁵.

5. CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

5.1. Colusión

La colusión es un tipo de práctica anticompetitiva recogida y tipificada en el artículo 1 de la Ley 15/2007, que define la colusión como un acto en el cual varias empresas o entidades se ponen de acuerdo de forma que adoptan unas decisiones conjuntas, recomendaciones o prácticas concertadas de forma consciente en su mercado y consigan un beneficio común afectando a los consumidores y usuarios. Será penado y considerado como prohibido el acuerdo, ya que como dice Muñoz Machado la ‘regla básica del mercado es que cada operador establezca su política empresarial de forma autónoma’²⁶. Por ello, como menciona Cerdá

²⁴ Reglamento CE 1/2003, del Consejo, de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia.

²⁵ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

²⁶ Ley 15/2007,

Martínez-Pujalte²⁷ la ley española se aplicará a todas las prácticas anticompetitivas que afecten al mercado y su buen funcionamiento, y será aplicable el derecho comunitario de la competencia si afecta al mercado supranacional.

Como vemos en el la Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de marzo de 2002²⁸, en la que el Tribunal Supremo decide desestimar un recurso de casación que presentaron 7 sociedades miembros de un mismo grupo empresarial que se dedicaba al sector oleícola alegando la vulneración del principio de tipicidad y culpabilidad por individualizar la sanción, del principio de presunción de inocencia ya que consideran falta de pruebas de cargo y del principio de proporcionalidad de las sanciones, ante la sentencia de la Audiencia Nacional que confirmó la sanción impuesta por el TDC condenándolos a una sanción por '*falseamiento de la competencia y afectación al interés público*' al no producirse solamente una vulneración de la normativa comunitaria sino también de la Ley 15/2007, ya que estas empresas habían conformado una subasta de ellas quedando en poner una cifra máxima individual para después agruparlas y cederlas a una sola del grupo, de esta forma la cifra multiplica por seis la cantidad que tendrían que haber obtenido,. El TS por tanto considera que se trata de 'actos de competencia desleal' específicamente el quebrantamiento del artículo 87 de la Ley de Marcas y sanciona a todas de forma individual.

Vemos otros ejemplos que infringen el derecho de la competencia en el ámbito europeo por la participación en colusiones como la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 14 de mayo de 1998²⁹. Entidades Gruber y Weber GmbH & Co. KG contra la Comisión de las Comunidades Europeas, que sancionó a diecinueve fabricantes de proveedores de cartoncillo de la UE por infringir el artículo 85 del Tratado. Las entidades interpusieron recurso de anulación considerando que se infringían los principios de proporcionalidad, principio de presunción de inocencia y el principio de igualdad de trato.

5.2. Abuso de posición de dominio

Para que exista un abuso de posición de dominio es necesario que exista un mercado, determinar cuál es el mercado relevante, debe existir un mercado de referencia en el que se encuentren los productos o servicios también de referencia y donde se incluirán los productos competidores. Además de fijar un mercado de referencia, se debe estudiar la posición de

²⁷ *Op.cit.*

²⁸ Sentencia del Tribunal Supremo del 8 de marzo del 2002 (rec. 8088/1997)

²⁹ Sentencia del Tribunal de Primera Instancia 14 de mayo de 1998

dominio y si se está haciendo un abuso de ella, estos abusos están recogidos en el artículo 2 Ley 15/2007 y su régimen sancionador está recogido en el artículo 62 en sus apartados 3b, 4b y 6.

Tendrán consideración de posición de dominio aquellas empresas que sean independientes de sus clientes y competidores, es decir, que puedan actuar de manera autónoma, determinando su posición en la cuota de mercado. Se considerarán conductas de abuso entre otras, la imposición de precios y condiciones de productos y servicios y la limitación de la producción desarrollo o distribución³⁰.

En la práctica encontramos la Sentencia del Tribunal Supremo del 29 de marzo de 2012³¹, en la que el Tribunal Supremo decide desestimar los recursos extraordinarios que alegaban infracción procesal y de casación, presentados por las empresas Audiovisual Sport y Sogecable por ser infractoras del artículo 102 del TFUE. Estas empresas habían participado en abuso de posición dominante en su mercado, es decir, el mercado de las retransmisiones televisivas de deporte mediante un sistema de pago para poder acceder a estas retransmisiones '*pay for view*'. Respecto al ámbito europeo, encontramos otras sentencias como la Sentencia del Tribunal de Justicia Europea del 25 de marzo de 2021³², en la que se plantea un recurso de casación que fue desestimado por Deutsche Telekom AG, tras haber sido multado por considerarse que participa en prácticas anticompetitivas de 'abuso de posición dominante', infringiendo el artículo 102 del TFUE en relación con el mercado de servicios de acceso a internet, imputando a la sociedad matriz como infractora, o como la Sentencia del Tribunal de la UE del 25 de noviembre de 2020³³ al que se le pide una decisión prejudicial respecto a la interpretación del artículo 102 del TFUE por la infracción de la competencia a través de la participación en abuso de posición dominante por 'precios no equitativos' y una situación de monopolio de hecho. Este tipo de conductas se han considerado tradicionalmente como 'precios abusivos' ya que se trata de una conducta de elevar los precios a los consumidores o bajarlos a los proveedores³⁴.

5.3.Falseamiento de la libre competencia por actos desleales

El falseamiento de la libre competencia por actos desleales está recogido en el artículo 3 de la Ley 15/2007, son conductas o actos de competencia desleal aunque no se establece por la

³⁰ Ley15/2007.

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo del 29 de marzo de 2012 (rec. 729/2009)

³² Sentencia del Tribunal de Justicia Europea del 25 de marzo de 2021 nº C-152/19P

³³ Sentencia del Tribunal de Justicia Europea, del 25 de noviembre de 2020, nº C-372/19

³⁴ Gutierrez, A. '*Estudios y Comentarios Legislativos*'. Comentario a la ley de defensa de la competencia, Civitas, 2008. BIB 2008\651.

legislación un concepto propio de lo que se considera una competencia desleal como tal como menciona Gutierrez³⁵, sin embargo discrepa con la Ley 15/2007 la cual describe un acto desleal como un acto que afecta al interés público y que sea una infracción de dicha ley³⁶.

Por este tipo de infracciones existen sentencias la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura del 27 de mayo de 2004³⁷ por la que el Tribunal Supremo inadmite un recurso de casación ante la decisión de la Audiencia Nacional por falseamiento de la libre competencia por actos desleales, así como la Sentencia de la Audiencia Nacional del 28 de noviembre de 2005³⁸ en la que la AN desestima el recurso planteado por la Asociación Segoviana de Universitarios 'Horizonte Cultural' sobre la resolución del TDC del 28 de enero del 2003 solicitando la anulación de la sanción y confirma el dictamen del Tribunal de Defensa de la Competencia por la práctica anticompetitiva de falseamiento de libre competencia.

6. SANCIONES EN CASO DE INFRINGIR EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

6.1.Sanciones en el Derecho de Competencia en España

La Ley 15/2007, contiene el régimen sancionador en respecto a las conductas anticompetitivas, en el título V, específicamente en el artículo 63, recoge quien podrá imponer las multas, es decir, los órganos competentes que podrán sancionar a aquellas entidades como empresas, agentes económicos, asociaciones, que cometan prácticas anticompetitivas. Dicho artículo enumera los 3 tipos de infracciones existentes y el porcentaje en respecto al grado de la infracción de volumen de negocios que se aplicará, es decir, el 1, 5 o 10%. Así como en caso de que el infractor sea persona jurídica se le podrá imponer una sanción de hasta 60.000 euros, y quienes quedarán excluidos de la sanción y la cifra mínima y máxima de la sanción.

En este mismo título se recoge las infracciones en el artículo 62, los sujetos infractores en el artículo 61 y el criterio para la determinación del importe de las sanciones en el artículo 64, enumerando un listado de condiciones para determinar la cantidad de la multa. Los siguientes artículos tipifican la exención del pago de la multa, la reducción del importe de la multa en el artículo 66, multas coercitivas, prescripción y publicidad de las sanciones³⁹.

³⁵ *Op.Cit.*

³⁶ Ley 15/2007.

³⁷ Sentencia del Tribunal Supremo de Extremadura del 27 de mayo del 2004. (rec. 90/2002)

³⁸ Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2005.

³⁹ Ley 15/2007.

A) Tipología de sanciones

Las multas en el ámbito de la defensa de la competencia⁴⁰ tienen como objetivo principal además de castigar los actos anticompetitivos, disuadir a todas aquellas empresas que quieran infringir dichas conductas o aquellas que ya las infringieron.

En el régimen general de sanciones del derecho de la competencia, tal como menciona el artículo 53 de la Ley 15/2007, es de gran importancia las resoluciones finales de la CNMC, para dictar obligaciones o condiciones en relación con las prácticas prohibidas, o imponiendo multas entre otras medidas. El artículo 63 de dicha ley, recoge los supuestos de sanciones que se impondrán a aquellas entidades que infrinjan lo dispuesto en la ley, diferenciando entre: infracciones leves (1%), graves (5%) y muy graves (10%), la multa será sobre el volumen de negocios total de la empresa en el ejercicio anterior al de la imposición de la multa. Sin embargo, cuando el que incurra en conductas anticompetitivas sea una persona jurídica, se le podrá imponer una multa de hasta 60.000 euros a cada uno de los representantes legales o personas que formen parte de los órganos directivos que intervinieran en la decisión anticompetitiva.

Siendo comprensiva, la ley disculpa y tiene en cuenta a aquellos miembros que siendo parte del órgano directivo o representante legal, no formara parte de la decisión no tomando parte en las reuniones o hubieran estado en contra mediante voto o abstención en las decisiones anticompetitivas.

En caso de no poder delimitar la cifra exacta del volumen de negocios total de la entidad, la ley tipifica los supuestos sancionados siendo las *‘infracciones leves penadas con multas de hasta 100.000 a 500.000 euros, las graves de 500.001 hasta 10 millones de euros y Las infracciones muy graves con multa de más de 10 millones de euros’*⁴¹.

B) Sujetos infractores

Según el criterio de la AN sobre los sujetos infractores podrán ser: *‘cualquier agente económico –término amplio que incluye no solo a las empresas, sino también a todos aquellos*

⁴⁰ Campuzano A, Sanjuán E, 08/10/2021. *Mercado y Derecho de la competencia. Reglas de actuación y funcionamiento*. Documento TOL8.687.615

⁴¹ Ley 15/2007.

*cualquiera que sea su forma jurídica-, que intermedien o incidan en la intermediación en el mercado; pero también por asociaciones o agrupaciones de aquellos agentes económicos*⁴².

Teniendo esto en cuenta y el artículo 61 de la Ley 15/2007, se esgrime que los infractores de las conductas anticompetitivas serán tanto las empresas como las personas que la controlan. Existen como menciona el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, dos categorías de personas físicas susceptibles a las sanciones por prácticas anticompetitivas: el representante legal y el integrante de un órgano directivo involucrado en el acto anticompetitivo.

La Ley 15/2007, da solución al caso de que la empresa que sea insolvente y no pueda hacer cargo de la multa. Contempla el principio de subsidiariedad y el principio ‘non bis in idem’, es decir, prohíbe juzgar o sancionar dos veces a la misma persona por la misma acción.

C) Tipología de infracciones

Las infracciones están divididas en función de su gravedad como tipifica el artículo 62 de la Ley 15/2007, por lo tanto, nos encontramos con:

- I. **Infracciones leves:** por presentar notificación de la concentración a la CNMC tarde o no haberla notificado.
- II. **Infracciones graves:** incurrir en falseamiento de la libre competencia por actos desleales, ejecución de una concentración, obstrucción de la labor de la CNMC, no presentar la documentación requerida por la CNMC o que fuera falsa, no comparecer ante la CNMC, no responder las preguntas de la CNMC y romper los precintos colocados por la CNMC en una inspección.
- III. **Infracciones muy graves:** conductas recogidas en el artículo 1, 2 del TFUE e incumplir lo dictado en la resolución de la Ley 15/2007. Vemos este tipo de sanciones en la sentencia de la AN del 12 de noviembre de 2021, resolviendo un recurso contencioso-administrativo, interpuesto por Alquibalat, S.L. contra la CNMC, tras sancionar a la empresa por repartirse las adjudicaciones de licitaciones convocadas por operadores públicos y privados, el reparto de clientes y la fijación de los precios, esto fue considerado por la CNMC como una infracción muy grave con un ‘plus’ de gravedad⁴³.

⁴² Sentencia de la Audiencia Nacional del 4 de febrero de 2008 (recurso 439/2006.)

⁴³ Sentencia de la Audiencia Nacional 12 de noviembre de 2021.TOL8.671.283

Para cuantificar la cifra de las sanciones se emplearán criterios como; la dimensión del mercado afectado por la acción anticompetitiva, la cuota de mercado de la empresa, el tiempo y efecto que ha durado la infracción, los intereses de los consumidores y el alcance de la actuación, el beneficio obtenido de la actividad prohibida y los agravantes y atenuantes de la acción.

El método de cálculo, es decir, el tipo sancionador, se consigue tras sumar el tipo general y el individual, la cifra se saca de la aplicación del tipo total al volumen de negocios total de cada empresa del año anterior al de la multa. El tipo sancionador general se encuentra en el artículo 63 de la Ley 15/2007, siendo máximo un 60%, mientras que el tipo sancionador individual tendrá un máximo del 40%.

En caso de que no se cumpla con los requisitos para la base de la sanción se podrá interponer recurso por parte del sancionado como vemos en la Sentencia del Tribunal Supremo del 30 de enero de 2015⁴⁴, la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo estima el recurso presentado por la entidad mercantil Ascan empresa constructora y de gestión S.A. para que se vuelva a calcular la multa interpuesta por la CNMC debido a que la base del volumen de negocios debe considerarse la del año 2010 y debe hacerse en sintonía con los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007.

6.2.Sanciones en Derecho de la Competencia en Europa

a) Reglamento 1/2003

El Reglamento 1/2003, es el que concede competencia a la CE para, según el artículo 23, imponer sanciones de hasta un 1% del volumen de sus negocios a aquellas empresas y asociaciones que incurran en dar información engañosa en caso de requerimiento de información, presenten información incompleta en caso de inspección o no se quieran someter a ella o rompan precintos colocados y habilitados por la Comisión⁴⁵. En relación con la asociación, si la conducta ilícita esta relacionada con uno de sus miembros la multa no podrá exceder del 10% del importe global del volumen de negocios de cada uno de los miembros que opere en el mercado.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo del 21 de mayo de 2014. (rec. 492/2013.)

⁴⁵ Reglamento (CE) nº1/2003.

I. Metodología

Según la CE el importe que se tendrá como la base de la multa, será el valor de las ventas de los bienes o los servicios realizados por la empresa. Para determinarlo, según el artículo 23 del Reglamento 1/2003, la CE empleará los datos más favorables de la entidad. En caso de que la dimensión de dicha infracción fuera más allá del territorio de la UE, para poder reflejar el volumen de las ventas, la CE podrá calcular el valor total en relación con la infracción en el sector geográfico en cuestión y aplicar esa parte a las ventas agregadas en el territorio de la UE. Este resultado final será la base de la multa, pudiendo alcanzar hasta el 30% multiplicado por el número de años de infracción. Se tendrá en cuenta unos factores como la naturaleza de la infracción, la dimensión geográfica, la cuota de mercado y la práctica ilícita realizada. Debe tenerse en cuenta que la CE incluirá en la base una suma entre el 15% y 25% del valor de las ventas sin tener en cuenta los años de participación en infracción.

II. Circunstancias agravantes y atenuantes

La multa podrá incrementarse si se dan una serie de circunstancias agravantes como las siguientes; repetir una misma infracción que puede incrementar la base hasta en un 100%, negarse a cooperar con la autoridad o obstruir de alguna forma la investigación y ser responsable de una infracción, o instigadora de la infracción.

Las circunstancias atenuantes comprobadas por la Comisión serán las siguientes; la empresa que entregue una prueba que sea suficiente para poner fin a la infracción, la empresa que participó en la conducta de pactos, pero no los aplicó y la empresa que coopere con la CE.

III. Límite de multa legal

La multa no podrá ser por cada entidad infractora superior al 10% del volumen de los negocios del ejercicio social anterior como señala el artículo 23.2 reglamento 1/2003⁴⁶. Sin embargo, si la infracción está relacionada con la actividad de uno de sus miembros, la multa no podrá ser superior al 10% del importe global del volumen de negocios total de cada uno de los miembros que opere en el mercado.

⁴⁶ Reglamento (CE) n°1/2003

En el recurso planteado ante la AN por parte de Senor contra la resolución de la CNC del 8 de marzo de 2013⁴⁷, las entidades Senor y Jespab requerían la nulidad por caducidad y la nulidad de la resolución, así como un nuevo cálculo de la multa ya que alegaron la infracción del límite de multa legal no respetando el 10% del volumen del negocio y vulneración del principio de proporcionalidad. La AN desestimó el recurso, entonces se interpuso recurso de casación ante el TS, quien estimó el recurso anulando la sentencia de la AN del 1 de julio de 2014 y anulando la resolución de la CNC y ordenando que volviera a calcular la multa teniendo en cuenta los artículos 63 y 64 de la Ley 15/2007, en la Sentencia del TS del 30 de noviembre de 2015.

7. PROGRAMAS DE CLEMENCIA

7.1. Programas de clemencia en el ámbito español

En la Ley 15/2007, recoge como novedad, el procedimiento de clemencia, que trata de exonerar del pago de la multa a las entidades que habiendo sido parte de una práctica anticompetitiva, colaboren con la autoridad de forma que aporten pruebas sustantivas para la investigación del supuesto cártel y hayan cesado de su actividad en dicha práctica, siempre y cuando no hayan sido instigadoras del resto de empresas a participar en el acuerdo del cártel, como menciona el artículo 65 de la Ley 15/2007. Cuando las empresas no reúnan todos los requisitos necesarios para exonerarse del pago total de la multa, pero si cumplan con algunos podrán reducirse la cantidad del pago de la multa⁴⁸.

Como denomina Muñoz Cobo⁴⁹ son un instrumento empleado para luchar en contra de los cárteles e incentiven las denuncias de los propios participantes para conseguir a cambio o bien una reducción de la multa o la inmunidad. En caso de no cumplir con estos requisitos para la exención del pago, se podrá optar por la reducción del importe de la multa contemplado en el artículo 66 de la LDC. La CNMC podrá imponer multas como las coercitivas que se encuentran en el artículo 67 como método de ejecución forzosa para aquellas empresas que no colaboren. El artículo 68 observa la prescripción de las infracciones y de las sanciones, así como el 69 la publicidad de las sanciones siendo obligatoriamente públicas en la forma y condiciones que se prevea de forma reglamentaria. Así como las sanciones y su cuantía y los nombres de los

⁴⁷ Resolución de la CNC del 8 de marzo de 2013, expediente s/0329/11 TOL.7.205.851

⁴⁸ Ley 15/2007.

⁴⁹ Muñoz Cobo, D. '*la nueva ley de Defensa de la Competencia*'. 2008. TOL1.385.518.

infractores y la infracción cometida. Los efectos que existen por aplicar los programas de clemencia se recogen en dos formas ⁵⁰:

a) Régimen de Exención:

Se exonera del pago de la sanción pecuniaria a la empresa o persona física que revele la identidad y su participación en un cártel siempre que facilite información de tal forma que permita a la CNMC efectuar una inspección. Tendrá que haber sido la primera en aportar elementos de prueba que le sirvan a la CNMC para ordenar el desarrollo de la inspección. La persona o empresa que haya presentado la solicitud que cumplir con los requisitos exigidos, es decir, que colabore y coopere de forma plena y continua, que haya puesto fin a su actividad en la infracción cuando facilite las pruebas, no haya destruido pruebas relacionadas con su solicitud de exención, no revele su cooperación con la Comisión y no haya instigado a otras empresas a la participación en la infracción. Si en el momento de la inspección la Comisión ya conoce de la información suficiente para la inspección y no ha cumplido con los requisitos recogidos en el apartado 2 del artículo 65 de la Ley 15/2007, la CNMC no concederá la dispensa del pago de la multa, aunque sí que podrá optar por una reducción de esta⁵¹.

b) Régimen de reducción de multa:

La reducción de la multa está recogida en el artículo 66 de la Ley 15/2007 y se concederá, por tanto, a una entidad como menciona el artículo, que revele su propia participación en una actividad ilícita como el cártel y no cumpla con los requisitos necesarios para la dispensa del pago de la multa tendrá opción para pedir una reducción de la sanción pecuniaria, pero para ello tendrá que entregar a la Comisión pruebas de dicha infracción que sean relevantes y de conocimientos nuevos sobre los que ya tenga la Comisión. La información debe aportar un ‘valor añadido’ que dará lugar a un porcentaje de reducción⁵²:

- I. *‘la primera empresa que aporte valor añadido significativo: una reducción del 30%-50%,*
- II. *la segunda empresa que aporte valor añadido significativo: una reducción del 20%-30%,*

⁵⁰ Ley 15/2007.

⁵¹ Gómez Asensio, C. ‘Daños y competencia. Revisión de Cuestiones Candentes’. TOL8.402.530

⁵² *Op. Cit.*

III. *las siguientes empresas que aporte valor añadido significativo: una reducción de hasta el 20%.*'

La CNMC tiene la función de fijar la reducción y para ello tendrá que tener en cuenta la fecha en la que fueron comunicados los datos y pruebas de 'valor añadido' y el grado de importancia de esta información.

Como vemos en la Sentencia del 26 de junio de 2017, donde el TS ordena a la CNMC que modifique una sanción impuesta a una empresa mercantil por la práctica de conductas colusorias y la existencia de un cártel de intercambio de información según el artículo 63 y 64 de la Ley 17/2007⁵³. Vemos otro ejemplo en la Sentencia del TS del 21 de mayo de 2014 ⁵⁴ donde se anula una sanción por haberse rechazado la petición de reducción de una multa sin haberse tenido un periodo de alegaciones, por ello el TS da la posibilidad a que exista este periodo de alegaciones para el acusado para que los criterios de imposición de multa sean acertados.

Cabe destacar que no siempre se considera elocuente que las entidades infractoras se apunten al programa de clemencia establecido en el derecho de la competencia, en la Sentencia de la AN del 12 de noviembre de 2021⁵⁵, tras el recurso presentado por la entidad en la que se reclama una vulneración del principio *non bis in ídem*, pretenden que se anule la infracción o se de lugar a una reducción usando una alternativa para el tipo sancionador, ya que según la entidad se violaron en la resolución de la CNMC los artículos 9.3 y 103.1 de la CE y el artículo 3.1 de la Ley 30/1992. Ante esto, la AN considera que falta motivación para estimar el recurso.

c) Multas coercitivas

Las multas coercitivas, son medios de la Administración para la ejecución forzosa⁵⁶ como vemos reflejado en la ley derogada parcialmente del 17 de julio de 1958, en sus artículos 104 y 107⁵⁷ y en el artículo 67 de la Ley 15/2007, por tanto, no son sanciones. La CNMC podrá imponer una multa coercitiva a las empresas, de hasta un 5% del volumen de negocios medio diario del ejercicio social anterior, por cada día de retraso contado a partir de la fecha que fije

⁵³ Sentencia Del Tribunal Supremo del 26 de junio de 2017 (rec. 2403/2014.)

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo del 21 de mayo de 2014. (rec. 492/2013.)

⁵⁵ Sentencia de la Audiencia Nacional del 12 de noviembre de 2021.TOL8.671.283

⁵⁶ *Op.cit*

⁵⁷ Ley de 17 de julio de 1958.

en su resolución, con el fin de obligarlas a finalizar con la infracción o a cumplir con lo que ordene la CNMC, por ejemplo, facilitar la información o someterse a una inspección. Las multas coercitivas tendrán en total un máximo de 12.000 euros. Vemos un ejemplo de la posibilidad de imponer estas multas en la Sentencia de la AN del 15 de septiembre de 2011⁵⁸, donde se le advierte a la empresa Sogecable SA que por cada día de retraso que siga sin cesar su actividad en la conducta prohibida se le podrá imponer una multa coercitiva de 600 euros.

Encontramos otras sentencias que incluyen este tipo de ejecución forzosa como en la Sentencia del 27 de junio de 2012 del Tribunal General⁵⁹, contra Microsoft por el abuso de posición dominante en los sistemas operativos para los PC de sus clientes, es decir, sistemas operativos de trabajo. Tras la empresa negarse a suministrar información, es decir, incumplir uno de los requerimientos exigidos por la CNMC, se le impone multa coercitiva para la ejecución de su obligación por la infracción como medio de ejecución forzosa.

d) Prescripción

Las infracciones prescribirán en un plazo a contar desde el día que se hayan cometido o si son continuadas desde el día que se haya cesado de cometer en función de su gravedad, es decir, las infracciones muy graves prescribirán a los cuatro años, las graves a los dos años y las leves al año. Cabe destacar que la prescripción se interrumpirá por cualquier acto de la Administración con conocimiento del interesado como cita el artículo 68 de la Ley 15/2007⁶⁰. Por tanto, la extinción de la responsabilidad disciplinaria se extinguirá con el cumplimiento de la sanción, muerte o la prescripción de la sanción.

En la ejecución de las sanciones como menciona la LDC, la prescripción es de un plazo de 5 años para ejecutarse, dicho plazo comenzará a contar desde el día que la decisión sea firme y podrá verse interrumpida en casos en los que la notificación de una decisión modifique de alguna forma el importe inicial de la multa sancionadora o coercitiva o que se rechace la solicitud a una modificación, por cualquier acto de la CNMC o de un EM. El plazo volverá a contar a partir del momento en el que se acabe la interrupción, generalmente se interrumpe

⁵⁸ Sentencia Audiencia Nacional 15/09/2011 recurso 504/2011. TOL4.074.550

⁵⁹ Sentencia del Tribunal General del 27 de junio de 2012 Asunto t-167/08, Número Recurso: T-167/08.

⁶⁰ Ley 15/2007.

mientras dure el plazo concedido para efectuar el pago y mientras dure la suspensión del cobro por vía ejecutiva en virtud de una decisión del Tribunal de Justicia.

e) Publicidad

Según el artículo 69 de la Ley de Defensa de la Competencia serán públicas, los nombres de los sujetos infractores y la práctica o conducta anticompetitiva que hayan cometido, así como también las sanciones que les hayan sido impuestas y la cifra a la que asciendan las multas ⁶¹.

7.2. Programas de Clemencia en el ámbito de la Unión Europea

Los programas de clemencia también se ven recogidos en el derecho de la competencia europeo, encontramos legislaciones que los regulan, así como la Directiva UE 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018⁶², específicamente su capítulo VI, así como la Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los EM y de la Unión Europea ⁶³, en concreto su artículo 6 sobre la exhibición de pruebas y el artículo 11 sobre la responsabilidad conjunta y solidaria.

a) Exención del pago de la multa, en el artículo 17 de la Directiva UE 2019/1, se recoge la obligación de los EM a garantizar que las autoridades nacionales de cada estado pongan programas de clemencia que puedan dar lugar a exenciones de pago de las multas a aquellas empresas que revelen su participación en cárteles secretos. Los infractores tendrán que cumplir con los requisitos exigidos en el apartado 2 de este artículo para que se de la exención del pago: ser la primera entidad en presentar pruebas, que cuando la autoridad nacional reciba la solicitud pueda realizar una inspección y dar pruebas que no conociera. Todas las empresas podrán acogerse a esta exención, menos aquellas que hayan instigado a otras para la participación en

⁶¹ Ley 15/2007.

⁶² Directiva UE 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 ‘dotar a las autoridades de competencia de los Estados Miembros medios para aplicar las normas sobre la competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior’ (TOL7.216.799)

⁶³ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (TOL4.568.941)

el cártel. Si la empresa no cumple con los requisitos, podrá optar por una reducción del pago de la multa.

b) La reducción del pago de la multa está recogida en el artículo 18 de la Directiva UE 2019/1, como segunda opción si no se cumple con los requisitos para la exención del pago de la multa. Se reducirá el importe del pago de las multas de aquellas empresas que cumplan con las condiciones del artículo 19 de esta misma directiva, debe revelar su participación en el cártel y proporcionar pruebas del cártel con valor añadido significativo para la investigación de la infracción y probar hechos adicionales.

c) Condiciones generales de clemencia, dicho título está comprendido en el artículo 19 de la Directiva UE 2019/1, los EM velarán porque las empresas cumplidoras de los requisitos expuestos en el artículo se puedan acoger a los programas de clemencia, como por ejemplo, haber puesto fin a su implicación en el presunto cártel secreto, cooperar verdadera, plena, continua y diligentemente con la autoridad nacional de competencia desde el momento en que presenta la solicitud, hasta que la autoridad haya dado por concluido el procedimiento.

d) El Artículo 20 de la Directiva UE 2019/1, recoge las formas de presentar la solicitud de clemencia, que podrán ser a gusto del solicitante completas o abreviadas por escrito ante las autoridades nacionales de competencia y que estas tengan sistemas que permitan que se presenten solicitudes orales u otros medios. Los solicitantes pueden presentar declaración de clemencia en la lengua oficial o cualquiera de las oficiales del EM. También se podrá presentar la solicitud en la lengua oficial de la autoridad donde se presente u otra lengua de la UE si hay acuerdo entre la autoridad y el solicitante. Las autoridades tras la petición del solicitante le otorgarán el recibo de lo presentado por escrito.

8. TERMINACIÓN CONVENCIONAL O SETTLEMENT

8.1. **Ámbito europeo**

La terminación convencional se encuentra regulada en el Reglamento 622/2008 de la CE del 30 de junio de 2008. La transacción, como menciona el Reglamento, debe seguir un proceso formado por: las solicitudes, el inicio de expediente, las conversaciones, intervención del auditor, pliego de cargos, y decisión⁶⁴.

⁶⁴ Reglamento (CE) n° 622/2008 de la Comisión, de 30 de junio de 2008, por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel.

a) Solicitudes

Las partes que quieran participar en el procedimiento de transacción tendrán que presentar una solicitud formal de transacción que tendrá que contar con los siguientes requisitos:

- Describir su responsabilidad en la infracción, objeto, hechos, duración de la participación en la actividad ilícita.
- Estimación de la multa.
- Declaración de las partes de haber sido informadas de las objeciones en su contra y que la Comisión les haya dado oportunidad para que expliquen sus opiniones.
- Declaración de las partes de no tener voluntad de volver a ser oídas en audiencia a no ser que se dé el caso en el que la Comisión no muestre sus propuestas de transacción en el pliego de cargos y en la decisión.
- Declaración del acuerdo entre las partes para recibir el pliego de cargos y la decisión final en el idioma que se acuerde de la UE.

La CE debe aceptar la solicitud de transacción, estas solicitudes no pueden ser revocadas de forma unilateral por las partes a no ser que la CE no acepte la solicitud.

b) Inicio del expediente

El inicio del procedimiento puede ser en cualquier momento, salvo que se haya enviado ya por la CE un pliego de cargos a las partes. La CE será la autoridad que tenga competencia para poder aplicar el artículo 101 del TFUE y dictará un plazo en el que las partes tendrán que dar conocimiento de si desean que se inicien las conversaciones o no, el plazo no debe ser inferior a 2 semanas.

c) Conversaciones

La CE tiene la potestad de decidir sobre las conversaciones que se mantengan con las empresas de cara a la transacción. Con las conversaciones se podrá llegar a un acuerdo entre las partes sobre las objeciones potenciales y una previsión de la cuantía de la multa. Como menciona el Reglamento 622/2008, cuando la CE considere que se ha llegado a un entendimiento entre las partes, concederá un plazo de 15 días laborales, el cual puede ampliarse si se presenta previa solicitud motivada, para que la empresa presente una transacción definitiva.

d) Intervención del Auditor

Existirá un Consejero Auditor que estará disponible en cualquier momento del proceso de la transacción para las partes para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de defensa.

e) Pliego de cargos

El pliego de cargos será enviado por la CE y tendrá que decidir si estima o no, los argumentos dados por las partes en el procedimiento, a la vez que hace su investigación y análisis sobre las cuestiones planteadas. Las partes tendrán que responder al pliego de cargos con una confirmación que contenga la transacción en un plazo de 2 semanas. Se entiende que no existe transacción en caso de que las partes no confirmen.

f) Decisión

La CE será quien tendrá potestad para tomar una decisión final teniendo en cuenta el acuerdo transaccional de las partes. En caso de que la CE decida no tener en cuenta el acuerdo, tendrá que avisar a las partes con otro pliego de cargos, pudiendo por tanto las partes acceder a una audiencia y al expediente, así como responder al pliego, sin embargo, en este caso el reconocimiento de circunstancias de las partes, no podrá ser usado como prueba contra ninguna de las partes y será retirado de las solicitudes de transacción.

La Comisión puede reducir la multa en un 10% con el fin de recompensar a una parte por la transacción. Este porcentaje podrá incrementarlo la CE como menciona el Reglamento sin que exceda de un factor multiplicador de 2. Existe en el proceso de transacción la clemencia, por ello podrán las partes solicitar clemencia.

8.2.Ámbito español

En el ámbito español el Reglamento de apoyo a la Ley 15/2007, en lo relativo a la terminación convencional, es el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

a) Solicitud

Las partes que formen parte del expediente sancionador podrán pedir ante la Dirección de Competencia el inicio de actuaciones tendentes a su terminación convencional y la CNMC decidirá si iniciarlas o no. La solicitud tiene que contener las conductas prohibidas que se hayan infringido por el solicitante y no deben concurrir todos los infractores. Antes de presentar la solicitud el infractor tendrá que contactar a la Dirección para plantear aquello que quiera

presentar, que más adelante tendrá que contener la solicitud, así como las correspondientes justificaciones para la terminación convencional⁶⁵.

b) Inicio

La Dirección de competencia tendrá que aceptar o no el inicio de las actuaciones tendentes y tendrá que notificar a los interesados con su decisión. Para tomar la decisión sobre si aceptar el inicio de las actuaciones tendentes o no, se tendrá en cuenta si da lugar a un ahorro de trámites y acorta los plazos de resolución del expediente. La CNMC tendrá positivamente en cuenta la propuesta de terminación convencional si ocurre antes de ser incoado el expediente sancionador, como recoge el artículo 52 de la Ley 15/2007⁶⁶. Teniendo en cuenta el citado artículo se acordará el inicio de la terminación cuando se cumpla con lo siguiente:

- *‘La parte que pida el inicio de las actuaciones tendentes se haya puesto en contacto con la Dirección de forma previa.*
- *El solicitante del inicio de las actuaciones tendentes haya interpuesto la solicitud con antelación a la finalización del plazo de alegaciones.*
- *La solicitud tendrá que contener información sobre lo que el solicitante infractor quiere presentar y la justificación de porque pedir la terminación convencional’.*

c) Tramitación

Como menciona la Ley 15/2007, si se acuerda el inicio de actuaciones tendentes a la terminación convencional, se establecerá un plazo de 15 días para que la parte que lo haya solicitado pueda presentar su versión de compromisos, en caso de que no la haya presentado con anterioridad en la solicitud. A su vez, si se acuerda el inicio se establecerá en el acuerdo la suspensión del plazo para el procedimiento sancionador hasta que no se haya terminado el plazo de las actuaciones tendentes, dicho acuerdo tendrá que ser notificado a las partes del procedimiento. Si las partes no presentan los compromisos, se entiende que desisten de la petición de terminación convencional. Dicha propuesta de compromisos puede ir acompañada de una solicitud de confidencialidad justificada motivadamente.

Tras presentarse los compromisos a la Dirección, esta trasladará dicha propuesta a la CNMC y los infractores podrán alegar aquello que consideren conveniente en un plazo máximo de 10 días.

⁶⁵ *Op. Cit.*

⁶⁶ Ley15/2007

Los demás infractores que deseen pedir la terminación convencional podrán, o bien adherirse a los compromisos presentados, o presentar los suyos. Si desean presentar los suyos tendrán que seguir el mismo procedimiento que los ya presentados.

d) Segundos compromisos

Si la dirección entiende que los compromisos aportados son proporcionados y los considera suficientes, elevará a la CNMC la propuesta de terminación convencional del procedimiento sancionador previsto por el artículo 39.5 del Reglamento de Defensa de la Competencia⁶⁷, sin embargo, si no considera que los compromisos son suficientes dará un plazo de 10 días para que se presente una segunda propuesta de compromisos, en caso de no ser presentado se desestima la petición de terminación convencional.

Una vez presentados los compromisos y en caso de considerarse viables garantizando el interés público, los elevará a la CNMC en previsión del artículo 39.5 del Reglamento ya mencionado, solicitando la terminación convencional del procedimiento, en caso de que no considere propios los compromisos la solicitud quedará como desistida y se reanudará la tramitación del procedimiento sancionador con el plazo establecido para que se resuelva el expediente. Dicho acuerdo será notificado a todas las partes interesadas.

e) Traslado a la Unión Europea

Cuando la dirección haya presentado la solicitud de terminación convencional a la CNMC en aquellos casos donde se haya incoado por una infracción de los artículos 101 o 102 del TFUE, la CNMC podrá remitir la solicitud de terminación convencional a la CE según como se observa en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003.

9. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

La Administración tiene competencia para sancionar en determinadas materias como el derecho de la competencia, contra las prácticas anticompetitivas para asegurar el buen funcionamiento del mercado, sin embargo, tiene un límite para no imponer sanciones *'desproporcionadas'* como podemos ver recogido en el Reglamento n°2532/98 del Consejo sobre las competencias del Banco Europeo en su artículo 2 *'Para determinar si procede imponer una sanción y cuál debe ser,, el BCE se guiará por el principio de*

⁶⁷ Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

*proporcionalidad*⁶⁸. Este principio es difícil de determinar para los jueces, debido a que sus criterios no son del todo claros, se exige una relación racional entre la sanción, la infracción y su finalidad, si no se cumplen entonces el penado podrá solicitar un recurso contra la decisión. La proporcionalidad busca que se ponga una sanción que tenga una severidad proporcional, es decir, adaptada a la gravedad que tenga la conducta realizada. Para saber cual es la gravedad de la conducta se deberá tener en cuenta y estudiar su contenido y condición legal, mientras que para la imposición de la sanción se tendrá que estudiar lo que la sanción pretende proteger y su sentido concreto. Este principio lo que pretende es limitar el poder que tiene la Administración para sancionar, lo que Jacques Petit⁶⁹ nombra como ‘*una prerrogativa del poder público*’.

En la práctica se puede observar el buen funcionamiento del sistema judicial aplicando el principio de proporcionalidad de una forma justa y contemplando sus criterios como vemos en la Sentencia del Tribunal Supremo del 19 de junio de 2018, en la que el TS reafirma la primera decisión impuesta teniendo como culpables a unas empresas mercantiles de alquiler de vehículos sin conductor, por haber participado en un cártel para fijar los precios y sus condiciones y por tanto dicta que la sanción que se les había impuesto no vulnerar el principio de proporcionalidad.

Sin embargo, cabe tener en cuenta que hay veces en las que las sentencias son anuladas por la infracción y vulneración por parte de los jueces del principio de proporcionalidad, por no tener en cuenta los criterios mencionados necesarios para imponer una sanción, es decir, la relación racional entre la infracción y su finalidad. Por tanto, vemos sentencias como la siguiente, Sentencia de la AN del 10 de septiembre de 2018 en la que se declara por parte de la AN que la multa impuesta debía ser anulada ya que la cuantía no respetaba el principio de proporcionalidad, así como la Sentencia del 1 de marzo de 2018 del Tribunal Supremo en la cual la AN declara que la multa impuesta en la sentencia del 29 de enero de 2015 se debía anular porque no respetaba el principio de proporcionalidad ante el recurso de casación 2872/2013.

⁶⁸ Reglamento nº2532/98 del Consejo de 23 de noviembre de 1998 sobre las competencias del Banco Europeo para imponer sanciones.

⁶⁹ Petit, J. traducción de Irit Miles, “The proportionality of administrative sanctions”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*.

10. ADMINISTRACIÓN COMO INFRACTORA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El poder público, es decir, la Administración, puede ser infractora del derecho de la competencia, ya que por ser una entidad pública no significa que esté exenta del derecho de la competencia. A lo largo de este trabajo se ha mencionado las conductas anticompetitivas y las sanciones apareadas a estas conductas, destinadas a las empresas privadas o personas físicas, sin apenas mencionar como sería una infracción de la Administración pública. Sin embargo, el artículo 4 de la LDC clarifica qué entidad pública será infractora y en qué caso, es decir, este artículo en su punto 1 define la exención de la aplicación del derecho de la competencia en actuaciones restrictivas que deriven de la aplicación de una ley. Por otro lado, en su punto dos *‘Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos, o las empresas públicas sin dicho amparo legal’*⁷⁰ menciona las situaciones y a las entidades que se les aplicarán las prohibiciones del derecho de la competencia en caso de incurrir en actuaciones restrictivas.

Este apartado siempre ha generado posiciones contrarias sobre si las Administraciones públicas podrían infringir los artículos 1 y 2 de La Ley 15/2007 y artículos 101 y 102 TFUE. Es importante recordar que la conducta podrá ser tipificada si la actuación de la Administración se pueda considerar como una conducta empresarial y no sea una potestad pública y que no ampare su actividad restrictiva de la competencia, en una norma con rango legal.

En la Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de julio del 2016⁷¹, ratifica la actividad empresarial realizada por la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía. Esta Administración presentó recurso de casación ante el TS, tras la sentencia de julio de 2013 de la AN por anular la resolución de la CNC en octubre de 2011⁷², en la que se le sancionaba como infractor del derecho de la competencia, por infringir el artículo 1 de la LDC y el artículo 101 del TFUE, por participar en prácticas restrictivas de la competencia, estableciendo precios para la uva y el mosto de Jerez desde abril de 1991 hasta marzo de 2009. Además, el TS la considera culpable, no solo por participar en dicho cártel, sino por ser ‘facilitadora’ de cárteles, impulsando o instigando a otras entidades a participar. El TS anula en su fallo la sentencia de la AN, invocando el principio de legalidad de la actuación administrativa, considerando la necesidad de hacer cumplir el derecho de la competencia y por tanto la sujeción de la Junta a

⁷⁰ Ley 15/2007

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo 18 de junio de 2016.

⁷² Resolución de la CNC del 6 de octubre de 2011, Expt. S/016/09.

lo dispuesto en la Ley 15/2007. No olvida la necesidad del principio de proporcionalidad para poder imponer una sanción justa.

Según Cerdá Martines-Pujalte⁷³, este caso recién mencionado de las uvas y el mosto en Jerez, fue una situación que llamó la atención para que se tuviera en cuenta a la Administración como infractora del derecho de la competencia. Recientemente hemos visto a la Administración infringiendo las normas de la LDC en licitaciones públicas, tanto es así que la CNMC ha realizado ‘Los Planes de Actuaciones de la CNMC; *Bid rigging*’⁷⁴.

Así, por ejemplo, la Resolución de 24 de noviembre de 2014, sobre los Servicios funerarios del Llobregat⁷⁵, en la que se acreditaba al Ayuntamiento de L’Hospitalet de Llobregat, de una empresa funeraria y de varios hospitales universitarios de haber incurrido en la comisión de conductas colusorias infractoras del artículo 1.1 de la LDC. Se trataba de la elaboración de acuerdos para reservar el traslado de los cadáveres de los hospitales a una empresa funeraria determinada. Se les sancionó a todos con multas cuantiosas. También cabe citar la Resolución de la agencia de Andalucía de defensa de la competencia de 18 de junio de 2014⁷⁶, inspección técnica de Edificios de Granada, en la que se declaró probada la existencia de una infracción del artículo 1 LDC con la firma de dos convenios consecutivos restrictivos de la libre competencia entre el Ayuntamiento de Granada y los Colegios Oficiales de Arquitectos y de Aparejadores.

Por tanto, tenemos tres formas de considerar a la Administración como infractora de la LDC, en ejercicio de funciones privadas, es decir, siendo ente económico, como son los casos de la jurisprudencia expuesta. En segundo lugar, en el ejercicio de sus funciones públicas, y en tercer lugar extralimitándose de sus funciones públicas. Vemos esta tercera forma de infringir la Ley 15/2007, sobre todo, en licitaciones públicas, como es el caso de la Resolución de la CNMC del 16 de julio de 2018⁷⁷, en las licitaciones de aplicaciones informáticas en la que la CNMC consideró la infracción del artículo 1 de la LDC y 101 del TFUE de varias administraciones

⁷³ Cerdá Martínez-Pujalte, ‘*la administración pública como infractora de las normas de competencia: ¿aplicación extensiva o racional?*’.

⁷⁴ Página web CNMC ‘Planes de actuaciones de la CNMC

⁷⁵ Resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia del 25 de noviembre de 2014 ,nº40/2011

⁷⁶ Resolución de la Agencia de Andalucía de Defensa de la Competencia de 18 de junio de 2014, Expt. S/12/2014

⁷⁷ Resolución del Consejo de la CNMC de 26 de julio de 2018, expte. S/0565/15

españolas y empresas tecnológicas, entre otras: Indra, Sag, Accenture, por haber formado parte de un acuerdo para el reparto de licitaciones de estas administraciones.

Es importante determinar si se debería sancionar a las administraciones que infrinjan el derecho de la competencia, es decir, si se le debería condenar como condenan a las empresas y personas físicas que son infractoras del derecho de la competencia, y si es así como deberían ser sancionadas. Ya que teniendo en cuenta el artículo 5 de la Ley 3/2013 las Administraciones Públicas tendrán que estar sancionadas por la CNMC ya que: *‘está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados’*. Pero teniendo en cuenta la jurisprudencia, aunque la legislación más o menos clarifique el tema sobre si se podrá o no sancionar a la Administración como a un ente privado, y existan sentencias que así lo confirmen, la Administración debería unificar la doctrina, de esta forma evitar que se produzcan sentencias contradictorias y garantizar el principio de legalidad.

Cabe mencionar como conclusión si se debería sancionar a las administraciones que abusen de su poder de forma que no apliquen bien su competencia para sancionar de una forma correcta y justa, es decir, si en el caso nacional, se tendría que sancionar a la CNMC por aquellas resoluciones que tras un recurso de casación de las entidades, sean anuladas por el TS o la AN, ya que podría debatirse si solo la anulación de las decisiones son suficientes para solventar el daño publicitario y el deterioro de la imagen que puede causar a las empresas o personas físicas infractoras, y si por ello se le debería condenar por ejemplo, a un pago por daños y perjuicios.

11. CONCLUSIONES

Este trabajo trata de estudiar el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito de defensa de la competencia, tanto en el ámbito europeo como en el español. Entendiendo en primer lugar de qué se trata la competencia, pasando por todas sus facetas históricas, así como los órganos que cuentan con esa potestad sancionadora, los sujetos que serán infractores y las prácticas anticompetitivas con sus aparejadas sanciones, llegando a las siguientes conclusiones.

Cabe mencionar que el Derecho surge como necesidad para mantener un orden social a través del principio de legalidad, creando un sistema jurídico justo para todos. El derecho de la competencia no es otra cosa que una forma hábil de regular las prácticas de todos aquellos que participen en el mercado, ya que, si se sigue el concepto de libre mercado dictado por Adam Smith, se daría lugar a un cierto descontrol que podría poner en peligro el equilibrio del orden. Como primera conclusión, se reafirma la necesidad de la existencia de leyes y regulaciones que

vayan evolucionando y amoldándose a las nuevas situaciones y realidades, para poder seguir manteniendo esa armonía. La constante evolución y creación de leyes, es importante para que no se queden obsoletas las ya existentes y no existan vacíos legales. La falta de legislación en algunos ámbitos de nueva creación da lugar a inseguridad jurídica, de forma que se puede cometer infracciones de una forma fácil y sin apenas saberlo. Esto justifica la creación del derecho de la competencia, es decir, de la presente Ley 15/2007 y la CNMC, ya que cuando el mercado fue evolucionando y volviéndose cada vez más importante, las administraciones se dieron cuenta de la necesidad de ampliar la legislación y de crear un organismo que fuera competente para lidiar con las situaciones que se daban. El mercado cada vez crece más y desde el siglo pasado la regulación y los métodos para mantener el orden han mejorado notablemente, hoy en día contamos con mucha más seguridad ya que todo está controlado y las nuevas tecnologías han ayudado mucho, al quedar todo registrado y ser por tanto más fácil de probar. En mi opinión, es necesaria una legislación rígida de forma que no se pueda vulnerar la LDC, sin embargo, es igual de necesario el programa de clemencia establecido tanto a nivel español como europeo, es una forma de incentivar a los infractores para que colaboren con la Administración.

La tercera conclusión que se puede sacar de este trabajo es que, mediante la colaboración de las entidades se ha llegado a conocer de muchas más prácticas anticompetitivas de las que probablemente la Administración por si misma hubiera sido capaz de dismantelar. Las técnicas para controlar la defensa de la competencia están reguladas de una forma clara y concisa, para evitar que se de lugar a problemas de interpretación. Es importante mencionar que la regulación nacional, da facilidades para aquellas entidades que sean infractoras del derecho de la competencia, de forma que puedan descolgarse de aquellas prácticas anticompetitivas que hayan cometido. Por ello, los programas de clemencia, tanto españoles como europeos, son positivos y una buena forma de conseguir el buen funcionamiento del mercado, ya que mediante los incentivos que se dan a las entidades para reducir su responsabilidad de forma económica, se consigue información para poder dismantelar las prácticas anticompetitivas como los cárteles, que afectan de una forma muy negativa al mercado y que pueden ser difíciles de demostrar e interceptar.

Como última conclusión cabe mencionar la importante función del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional. Son dos órganos judiciales que ayudan a mantener la proporcionalidad y la seguridad jurídica, debido a que están encargados de controlar las resoluciones de la CNMC en caso de que se planteen recursos.

En relación con los sujetos privados, el derecho de la competencia está muy definido y claro, por ello es fácil sancionar a aquellas entidades que cometan prácticas anticompetitivas, pero en cuanto a las administraciones públicas, la legislación no es del todo clara. Existen cantidad de casos de entidades privadas que son sancionadas por infringir la LDC, por lo contrario, es muy difícil encontrar casos de Administraciones que sean consideradas como infractoras de la LDC, ya que, nuestro ordenamiento no cuenta con una legislación clara sobre este fenómeno y al mismo tiempo, la jurisprudencia es contradictoria. Esto vulnera el principio de legalidad, dando lugar a inseguridad jurídica, así como injusticia, ya que, si la Administración comete las mismas prácticas que las entidades privadas deberían ser juzgadas de la misma manera, de forma que se cumpla con el principio de igualdad de trato.

12. FUENTES DE INVESTIGACIÓN

A) Legislación

Ley del 17 de julio de 1958 (disponible

en: https://online.elderecho.com/seleccionProducto.do;jsessionid=121E88C26DEEA3D6228F801BDF391088.TC_ONLINE04?producto=UNIVERSAL#%2Fpresentar.do%3Fhref%3D1958%2F101%26anchor%3DART.104%2C107)

Ley de Defensa de la Competencia, 15/2007, de 3 de Julio de 2007, (disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>)

Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. (disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2013-5940>)

Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, (disponible en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-5940)

Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea (TOL4.568.941) (disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-L-2014-83627>)

Directiva UE 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 ‘dotar a las autoridades de competencia de los Estados Miembros medios para aplicar las normas sobre la competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior’ (disponible en diario oficial de la UE: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0001&from=ES>)

Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. (disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-3646>)

Reglamento nº2532/98 del Consejo de 23 de noviembre de 1998 sobre las competencias del Banco Europeo para imponer sanciones.

Reglamento (CE) nº1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre la competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado. (disponible en BOE: <https://www.boe.es/doue/2003/001/L00001-00025.pdf>)

B) Recursos electrónicos

Página Web Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (disponible en: <https://www.cnmc.es/sobre-la-cnmc/que-es-la-cnmc#origen>) última consulta 16 marzo 2022.

Página web Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia ‘Planes de actuaciones de la CNMC’ (<https://www.cnmc.es/en/sobre-la-cnmc/plan-de-actuacion>) última consulta 1 de abril de 2022.

Página web Poder Judicial (disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Audiencia-Nacional/Informacion-institucional/Que-es-la-AN/>) última consulta 16 de marzo de 2022.

C) Doctrina

Baño Leon, JM. ‘*La evolución del derecho de la competencia y su irradiación en el Derecho Público*’. (disponible en dialnet: <file:///Users/clotildedomecq/Downloads/Dialnet-LaEvolucionDelDerechoDeLaCompetenciaYSuIrradiacion-5635322.pdf>).

Campuzano A, Sanjuán E. ‘*Mercado y Derecho de la competencia. Reglas de actuación y funcionamiento*’. Documento TOL8.687.615.

Cerdá Martínez-Pujalte, ‘*La administración pública como infractora de las normas de competencia: ¿aplicación extensiva o racional?*’. (Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8164326>)

Cerdá Martínez-Pujalte, CM, ‘*La igualdad en el Derecho*’, 2008. TOL1.264.811. (Disponible en tirantonline; https://www.tirantonline.com/tol/documento/show/1264811?general=derecho+europeo+de+la+competencia++finalidad+del+derecho+europeo+de+la+competencia+&librodoctrina=23&navigate_url=%2Fbase%2Ftol%2Fdoctrina%2Fsearches%2Fnavigate%3Ftoken_id%3D623f08c350bff100130e89d1&next_index=4&num_found=7&pais=tol&prev_index=2&search_url=%2Fbase%2Ftol%2Fdoctrina%2Fsearches%3Findex%3D3%26token_id%3D623f08c350bff100130e89d1&tolweb_search_token_id=623f08c350bff100130e89d1).

De Carlos Castillo, A. Área Derecho Público. Departamento de Desarrollo y Soluciones de Contenidos-Legal & T&A. *Revista Aranzadi Doctrina*. BIB 2018\14715.

Gómez Asensio, C. ‘*Daños y competencia. Revisión de Cuestiones Candentes*’. TOL8.402.530.

Guillén Caramés, J., Martín Pastor, J. '*Estudios y Comentarios Legislativos. Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*'. Editorial Aranzadi, S.A.U. BIB 2015\497.

Guillén Caramés, J. '*Tratado de la competencia y de la publicidad*'. TOL4.431.486.

Gutierrez, A. '*Estudios y Comentarios Legislativos. Comentario a la ley de defensa de la competencia*.' Editorial Aranzadi, S.A.U., BIB 2008\651.

Jover, J. M. "La potestad normativa de la CNMC". *Revista de Administración Pública*'. 2020. (disponible en: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.211.03>)

Laguna de Paz, JC. *Tratado de Derecho administrativo General y económico*, Editorial Civitas.2022

Martín Aresti, P. '*Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad*' TOL4.431.494.

Muñoz Cobo, D. '*la nueva ley de Defensa de la Competencia*'. TOL1.385.518.

Palomar Olmeda, A. '*Derecho de la Competencia*' TOL7.254.359

Petit, J. traducción de Irit Miles, '*The proportionality of administrative sanctions*', Revista Digital de Derecho Administrativo.

Pontón Aricha, T. '*La posición jurídica del contribuyente ante la resolución judicial anulatoria*'. TOL7.682.880.

D) Jurisprudencia

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso, sección 3ª, del 8 de marzo de 2002. rec. 8088/1997

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso, sección 3ª, del 23 de marzo de 2005. rec. 4777/2002

Sentencia del Tribunal General de Justicia del 27 de Junio de 2012 Asunto t-167/08, Número Recurso: T-167/08, ECLI:EU:T:2012:323

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso, sección. 7ª, del 21 de mayo de 2014.
rec. 492/2013

Sentencia del Tribunal Supremo del 11 de septiembre de 2015, TOL5.438.542

Sentencia del Tribunal Supremo del 18 de junio de 2016, nº1833/2016
(<https://vlex.es/vid/645934257>)

Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección1ª, del 15 de diciembre de 2016

Sentencia Del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso, del 26 de junio de 2017 nº
1117/2017, rec. 2403/2014

Sentencia del Tribunal Supremo del 1 de marzo de 2018. TOL6.531.085

Sentencia del Tribunal Supremo 4841/2021 (disponible en la página web del Poder Judicial:
<https://www.poderjudicial.es/search/AN/openDocument/902dd10642087575/20220107>)

Sentencia del Tribunal de Justicia Europea, del 25 de noviembre de 2020, nº C-372/19
(disponible en EURLEX: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2021:035:FULL&from=IT>)

Sentencia del Tribunal de Justicia Europea del 25 de marzo de 2021 nº C-152/19P (disponible
en: https://ddd.uab.cat/pub/legjurUE/legislacioUE_a2021m03.pdf)

Sentencia de la Audiencia Nacional de 28 de noviembre de 2005 (EDJ 2005/317878),

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del 4 de febrero
de 2008 (JUR 2008, 155661), recurso 439/2006.

Sentencia de la Audiencia Nacional, del 15 de septiembre de 2011, recurso 504/2011,
TOL4.074.550.

Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, del 11 de julio
de 2016.

Sentencia de la Audiencia Nacional 12 de noviembre de 2021.TOL8.671.283

Sentencia del Tribunal de Primera Instancia del 14 de mayo de 1998 (disponible en:
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61994TJ0347&from=LT>)

Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia de Extremadura, Sala de lo Contencioso,
sección1ª, del 27 de mayo de 2004, nº 827/2004, rec. 90/2002

Resolución de la CNC del 6 de octubre de 2011, (Expt. S/016/09.)

Resolución de la CNC del 8 de marzo de 2013, (Expt. S/0329/11) TOL.7.205.851

Resolución del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia del 25 de noviembre de 2014 nº40/2011 (disponible en:

http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxius/actuacions/resolucio-exp-40-2011-esp.pdf)

Resolución de la Agencia de Andalucía de Defensa de la Competencia del 18 de junio de 2014, (Expt. S/12/2014)

Resolución de la CNMC del 26 de febrero de 2015, (AC 2015,1571).

Resolución de la CNMC del 23 de julio de 2015 (Expte. S/0482/13) (disponible en: https://www.cnmc.es/sites/default/files/685749_68.pdf)

Resolución de la CNMC del 26 de julio de 2018, (Expte. S/0565/15) (<https://vlex.es/vid/resolucion-s-dc-0565-763798065>)