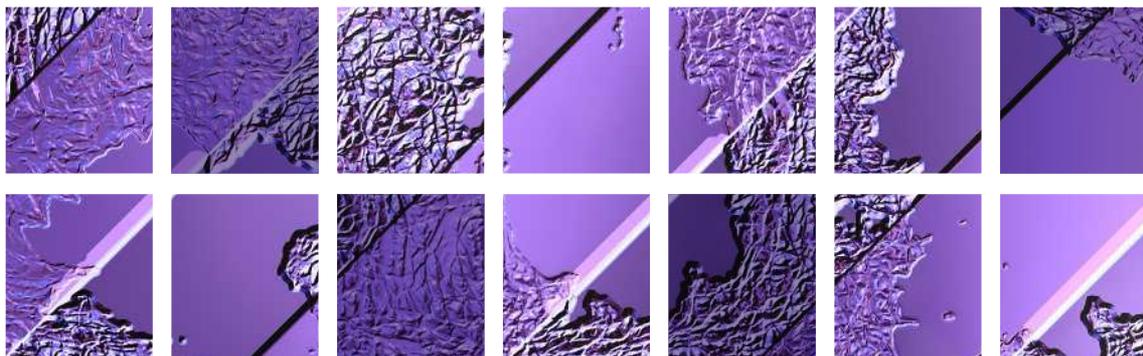


El sistema sancionador español de Derecho de la Competencia en el marco del Mercado Único Europeo

Amaya Angulo Garzaro

■ BOSCH



El sistema sancionador español de Derecho de la Competencia en el marco del Mercado Único Europeo

Amaya Angulo Garzaro

© Amaya Angulo Garzaro, 2021
© Wolters Kluwer España, S.A.

Wolters Kluwer

C/ Collado Mediano, 9
28231 Las Rozas (Madrid)
Tel: 91 602 01 82
e-mail: clienteslaley@wolterskluwer.es
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: Marzo 2021

Depósito Legal: M-5688-2021
ISBN versión impresa: 978-84-9090-520-3
ISBN versión electrónica: 978-84-9090-521-0

Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

© **Wolters Kluwer España, S.A.** Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, Wolters Kluwer España, S.A., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

WOLTERS KLUWER no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, u cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, WOLTERS KLUWER se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

WOLTERS KLUWER queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

WOLTERS KLUWER se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de **Wolters Kluwer España, S.A.**, es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia.

artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*)²¹². Esto significa que la primera diferencia entre la regulación europea y española es que, en el primer caso, la Comunicación no tiene carácter vinculante, mientras que el artículo 5 LDC y 1 RDC tienen claros efectos *erga omnes* y delimitan el ámbito de la antijuridicidad en la materia²¹³. La segunda diferencia, y la que nos interesa, es que la citada Comunicación de la Comisión Europea recoge que la regla *de minimis* solo se aplica a los acuerdos y prácticas prohibidas por el artículo 101 del TFUE²¹⁴. La prohibición del artículo 102 TFEU es absoluta. No es susceptible de ningún tipo de exención, ni legal, ni por categorías, ni por escasa entidad de la conducta²¹⁵.

La posibilidad recogida en el artículo 5 LDC de conceder una exención a un abuso de posición de dominio por considerar que no es apto para afectar de manera significativa a la competencia parece difícilmente justificable; ello iría contra la naturaleza misma de la conducta, que, por su entidad abusiva, difícilmente puede entenderse que no afecta de manera significativa la competencia. En consecuencia, sería apropiada su eliminación.

Por tanto, la inclusión de este supuesto se considera innecesaria y puede llevar a confusión entre los operadores económicos. Si no se quisiera sancionar este tipo de conductas, más que la aptitud del abuso para afectar de manera significativa la competencia, debería argumentarse que no ha existido un «abuso».

IV. EL SUJETO INFRACOR: DIFICULTADES, DADA LA REDACCIÓN ACTUAL DE LA NORMATIVA DE COMPETENCIA, EN LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO INFRACOR Y SU RESPONSABILIDAD

Los sujetos infractores quedan definidos en el artículo 61.1 LDC, donde se recoge que podrán serlo todas aquellas personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en la Ley.

La legislación administrativa, con carácter general, no distingue categorías abstractas de participación —en el derecho penal se diferencia, por ejemplo, entre autor, inductor, cooperador necesario, cómplice—. En las infracciones de competencia, la responsabilidad derivará de la participación en la conducta anticompetitiva —ilícito administrativo— independientemente del grado o intensidad de dicha

212. COMISIÓN EUROPEA. Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*). DOUE C-368/07, de 22 de diciembre de 2001.

213. RUIZ PERIS, J. A. «Los acuerdos restrictivos de la competencia tras la nueva Ley de Defensa de la Competencia», en RUIZ PERIS, J. I. (dir). *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 44.

214. ALLENDESALAZAR CORCHO, R. y MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, P. «Las conductas prohibidas...», *op cit*, p. 11.

215. SÁNCHEZ GRAELLS, A. «Protección del mercado...», *op cit*, p. 15.

participación²¹⁶. Será suficiente con que la participación haya tenido lugar a título de dolo o negligencia, incluida la simple inobservancia. No obstante, la forma en que se haya producido esta participación podrá modular la sanción en atención al principio de proporcionalidad²¹⁷.

El principio de culpabilidad exige delimitar el elemento personal —quiénes son los sujetos responsables— y el volitivo —la comisión de la conducta a título de dolo o negligencia—.

Por tanto, a la hora de determinar a quién y en qué medida hay que sancionar pueden surgir dificultades en dos momentos: el primero, a la hora de establecer el elemento personal, es decir, quién ha participado en el ilícito administrativo; el segundo, a la hora de valorar el grado o intensidad en dicha participación, dado que no existe en la regulación de competencia ninguna referencia a cómo debe valorarse el elemento volitivo.

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

La normativa de competencia puede ser infringida tanto por los representantes legales o las personas que integran los órganos directivos de las empresas, como por cualquier ente que desarrolle una actividad económica, con independencia de su forma jurídica y de sus fuentes de financiación²¹⁸. Las dos condiciones que deben cumplirse para que un agente económico pueda ser sancionado son: (1) gozar de personalidad jurídica y (2) poder ser considerado «empresa» en el sentido de la LDC²¹⁹.

El término «empresa» debe ser considerado equivalente a «operador económico», que a su vez hace referencia a «cualquier ente que desarrolle una actividad económica, con independencia de su forma jurídica y de sus fuentes de financiación»²²⁰. Por otra parte, dentro de «actividad económica» puede englobarse «cualquier actividad, incluso sin fines lucrativos que incida en la estructura y el funcionamiento del mercado, parti-

216. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0314/10 - *Puerto Valencia*, de 27 de septiembre de 2013, FJ 9.

217. Resolución del Consejo de la CNC en el Expte. S/0314/10 - *Puerto Valencia*, de 27 de septiembre de 2013, FJ 9.

218. La Disposición Adicional 4ª de la LDC define la «empresa» como «cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación».

219. Resolución del TDC en el Expte. 380/96 - *Perfumerías*, de 14 de octubre de 2007, FJ. 13; MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. «Del régimen sancionador», en MASSAGUER, J.; FOLGUERA, J.; SALA ARQUER, J. M. *et al.* (dirs). *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Ed. Civitas y Thomson Reuters, 2012, 3ª edición, pp. 968-969.

220. SÁNCHEZ GRAELLS, A. «Protección del mercado...», *op cit*, p. 9.

cipando en la producción o intercambio no gratuito de bienes o servicios, bien como oferente o bien como demandante en un determinado mercado»²²¹.

En el mismo sentido, conforme a la normativa de Derecho de la competencia de la UE, sólo las empresas pueden ser sancionadas²²². Como ha quedado establecido por reiterada jurisprudencia europea, «el concepto de empresa abarca cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación»²²³.

Una persona física o jurídica puede ser considerada como sujeto infractor de acuerdo con el artículo 61.1 LDC y, sin embargo, no ser considerada como responsable a la hora de imponer una sanción²²⁴. Por ello, aunque la determinación del ámbito subjetivo de la infracción parezca clara, en la práctica encontraremos problemas, susceptibles de mejora, en la determinación de la responsabilidad de las Administraciones públicas, de los miembros —personas físicas— de las asociaciones y en la responsabilidad de la empresa matriz.

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

A la normativa de competencia, cuando nació en 1890 con la Ley Sherman, sólo se sometían determinadas conductas de las empresas privadas que se consideraban lesivas

221. LILLO ÁLVAREZ, C. «La normativa de competencia, su aplicación a la Administración pública», en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed. La Ley, n.º 22, julio-agosto 2011, p. 1.: En el mismo sentido ya venía pronunciándose el TDC. Sirva de ejemplo la resolución del TDC en el Expte. R 383/99 – *Empresa pública emergencias sanitarias*, de 14 de febrero de 2000 en cuyo FJ 3 se recoge que «A pesar de lo alegado por EPES de que el ámbito sanitario escapa al concepto de actividad económica –puesto que se caracteriza por la financiación pública, gratuidad a los ciudadanos, territorialidad e igualdad en sus prestaciones– es indudable que EPES es un operador económico puesto que ofrece unos servicios de asistencia sanitaria en el mercado, independientemente de su forma de financiación (máxime cuando EPES, al menos en algunos casos, factura por ellos). Por tanto, está sometido a las prohibiciones de la LDC».

222. «Undertaking is defined in Article 1 of Protocol 22 EEA as «any entity carrying out activities of a commercial or economic nature». The term undertaking is nowhere defined in the EC Treaty», en ODUDU, O. «The meaning of undertaking within Article 81 EC», en *The Boundaries of EC Competition Law: The Scope of Article 81*, Ed. Oxford Scholarship Online, marzo 2012, p. 2.

223. STJ (Gran Sala) de 19 de julio de 2012, asuntos acumulados C-628/10 P y C-14/11 P, *Alliance One International Inc. y otros v. Comisión y Comisión v. Alliance y otros* [2012] RJE electrónica, ap. 42; STG (Sala Octava) de 24 de marzo de 2011, asunto T-386/06, *Pegler Ltd. v. Comisión* [2011] II-1267, ap. 47; STG (Sala Segunda) de 17 de mayo de 2011, asunto T-299/08, *Elf Aquitaine SA v. Comisión* [2011] RJE 2149, ap. 45; STG (Sala Primera) de 13 de julio de 2011, asunto T-38/07, *Shell Petroleum y otros v. Comisión* [2011] RJE II-4383, ap. 52; STG (Sala Tercera) de 9 de septiembre de 2011, asunto T-25/06, *Alliance One International v. Comisión* [2011] RJE II-5741, ap. 80; STG (Sala Cuarta) de 26 de octubre de 2010, asunto T-23/09, *Conseil national de l'Ordre des pharmaciens (CNOP) y Conseil central de la section G de l'Ordre national des pharmaciens (CCG) v. Comisión* [2010] RJE II-5291, ap. 70; STPI (Sala Primera) de 13 de diciembre de 2006, asuntos acumulados T-217/03 y T-245/03, *Fédération nationale de la coopération bétail et viande (FNCBV) y otros v. Comisión* [2006] RJE II-4987, ap. 52; STJ (Gran Sala) de 11 de julio de 2006, asunto C-205/03 P, *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria (FENIN) v. Comisión* [2006] RJE I-6295, ap. 25.

224. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, A. «Del régimen sancionador», *op cit*, p. 972.

para la economía norteamericana²²⁵. Ni se pensaba en el sometimiento de las Administraciones públicas, ni éstas jugaban un papel relevante en el conjunto de la economía²²⁶. La primera normativa de competencia promulgada en España en 1963, influenciada por la conveniencia de firmar acuerdos con Estados Unidos, iba también dirigida únicamente a las empresas privadas²²⁷.

Sin embargo, esta situación cambió con la implantación del Estado Social de Derecho y el Estado del Bienestar, y el creciente papel del sector público en el PIB²²⁸. Actualmente, el sector público tiene tal dimensión económica que «puede chocar con la actividad privada y puede realizar prácticas anticompetitivas que perjudiquen no solo a los intereses privados sino, incluso, al interés general»²²⁹. A continuación, podemos ver el creciente papel del sector público en el PIB español:

Tabla 2. Papel del sector público en el PIB español

Año	1913	1920	1937	1960	1980	1990	2000	2005	2009
%	11,0	8,3	13,2	18,8	32,2	42,0	39,1	38,8	45,8

FUENTE: LILLO ÁLVAREZ, Carmen «La normativa de competencia, su aplicación a la Administración pública» p. 1.

225. La normativa de competencia norteamericana fue creada como un «tiro en la oscuridad», porque no había otras experiencias disponibles sobre normativa en defensa de la competencia. GERBER, D. J. «International antitrust convergence: the real and imagined roles of U.S. Antitrust law», en *ABA Spring Antitrust Meeting*, Washington D.C., 30 de marzo de 2005, p. 2.

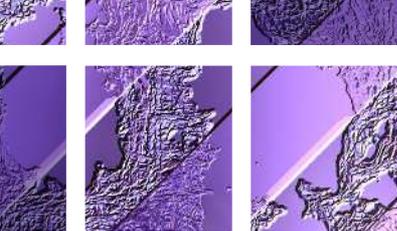
226. LILLO ÁLVAREZ, C. «La normativa de competencia, su aplicación...», *op cit*, p. 1.

227. La necesidad por conveniencia que tenía España de firmar los acuerdos con los EE.UU. le llevaron, en el año 1953, a comprometerse con este país a «desalentar prácticas y arreglos comerciales que tengan un carácter de monopolio o cartel de los que resulte una restricción de la producción o un aumento de los precios o que ponga trabas al comercio internacional, ». TRILLO TORRES, R. «Revisión judicial de los actos administrativos en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia », en *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, Ed, La Ley, n.º 1, enero-febrero 2008, p. 1.; «La Ley de 1963 tiene la mayor importancia porque supone la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de una regulación legal absolutamente novedosa, aunque en la Exposición de Motivos se hiciera un esfuerzo por mencionar antecedentes legales en España en esta materia», en BERCOVITZ, A. «La Ley de Defensa...», *op cit*, p. 27.

228. LILLO ÁLVAREZ, C. «La normativa de competencia, su aplicación...», *op cit*, p. 1.; «El sector público ha tenido un peso muy importante en la economía de todos los Estados occidentales a lo largo del siglo XX. Ninguno, en rigor, ha constituido la excepción, ni siquiera en las épocas de alza del neoliberalismo.» en CALVO CARAVACA, A. L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. *Intervenciones del Estado...* *op cit*, p. 73.

229. LILLO ÁLVAREZ, C. «La normativa de competencia, su aplicación...», *op cit*, p. 2.

La Administración puede infringir la normativa de competencia tanto directamente, cuando actúa como operador económico; como indirectamente a través de la facilitación de las conductas ilícitas. COSTAS COMESAÑA, J. y HORTALÀ VALLVE, J. «La tipificación de la actividad de la Administración como facilitadora de cárteles», en *Anuario de la competencia*, n.º 1, 2013, pp. 13-32; RINCÓN GARCÍA LOY-GORRI, A y VÁZQUEZ CARDEÑOSO, A. «¿Puede la Administración ser sancionada por infringir el derecho de la competencia cuando no actúa como empresa?», en *Comunicaciones en propiedad industrial y derecho de la competencia*, n.º 79, septiembre-diciembre 2016, pp. 125-147.



El Derecho de la Competencia español tiene como objetivo principal la salvaguarda del proceso competitivo del mercado para, en última instancia, proteger al consumidor. En aras a satisfacer dicho propósito, la normativa de competencia pretende disuadir a las empresas de desarrollar conductas colusorias, de abusar de su posición de dominio o de falsear la libre competencia por la comisión de actos desleales.

Sin embargo, esta pretendida disuasión no es tan efectiva como sería de esperar. La redacción y aplicación de la normativa de competencia presenta carencias que pueden ser abordadas, bien proponiendo cambios en la redacción de la propia norma, o bien modificaciones en la manera en la que la CNMC interpreta y aplica el texto legal. Sin duda, el resultado redundaría en una mejora en el efecto disuasorio del sistema sancionador.

Los cambios deben llevarse a efecto sin olvidar que España forma parte del Mercado Único Europeo, por lo que pueden tomarse como ejemplo las actuaciones desarrolladas desde la UE —tanto en su legislación, como en las decisiones de la Comisión europea— para tratar de evitar que se desarrollen conductas anticompetitivas semejantes a las que la normativa nacional intenta evitar. De hecho, aunque la normativa española es conforme a la europea, su aplicación no está resultado eficaz en lo que a disuasión se refiere.

La presente monografía, además de determinar que la normativa y la práctica de la UE ofrecen soluciones que se podrían trasladar a nuestro ámbito nacional, plantea mejoras concretas que afectan tanto a los aspectos subjetivos y materiales del sistema sancionador español —órgano sancionador, tipicidad de las conductas anticompetitivas, sujeto infractor—, como a la finalización del procedimiento sancionador —prescripción y caducidad, terminación convencional, imposición de una sanción—.

ISBN: 978-84-9090-520-3



9

788490

905203



3652K23185



ER-0290/2005



GA-2005/0100