

**LA APLICACIÓN PÚBLICA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA:
CUESTIONES SUSTANTIVAS**

Adrián Sánchez Andrés

**Técnico de la Asesoría Jurídica de la
Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia¹**

Cuestiones prácticas sobre el derecho de la competencia

7 de marzo a 4 de abril de 2022

SUMARIO

<i>RESUMEN</i>	3
1. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	4
1.1. RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	4
1.2. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PERSONAL	6
1.2.1. Excepciones al principio de responsabilidad personal	7
1.2.2. Responsabilidad matriz-filial	8
1.3. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA LEY APLICABLE	10
2. VALIDEZ Y EXIGENCIA DE LA PRUEBA POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	13
3. INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA	15
4. CUANTIFICACION DE LAS SANCIONES POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	18
5. PROHIBICIÓN DE CONTRATAR POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	20
6. CONCLUSIONES	22

RESUMEN

La presente ponencia aborda algunas de las cuestiones sustantivas específicas de la aplicación pública del Derecho de la competencia más relevantes para poder comprender, a un nivel introductorio, el ejercicio de las funciones de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia relacionados con la aplicación de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Para ello se hace un recorrido inicial desde el ámbito de aplicación subjetivo del Derecho de la competencia, englobando el desarrollo del concepto de empresa (o 'undertaking'), la posible responsabilidad de las administraciones públicas por infracciones del Derecho de defensa de la competencia, el principio de responsabilidad personal, sus excepciones y la transmisión de la responsabilidad por actos de las filiales a las matrices que las controlan, así como la responsabilidad de las personas físicas y, en concreto, la reciente problemática surgida a raíz de la interpretación sobre la Ley aplicable en casos de conductas desarrolladas durante la vigencia de la actual Ley 15/2007 y la anterior Ley 16/1989.

La ponencia también abarca el análisis de los pronunciamientos básicos sobre la validez y exigencia de la prueba para poder acreditar infracciones del Derecho de defensa de la competencia y la utilización del uso de la infracción única y continuada al respecto.

A nivel sancionador, se analiza el origen y funcionamiento del actual sistema de cuantificación de multas desarrollado por la CNMC a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015 y el uso y estado de la cuestión sobre la aplicación de la prohibición de contratar con la Administración prevista en el artículo 71.1.b) la Ley 9/2017.



Estudios
Jurídicos

1. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

1.1. RESPONSABILIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

El primer elemento sustantivo de la aplicación pública del Derecho de la competencia que se trata en la presente ponencia es el relativo a la responsabilidad de las administraciones públicas por infracciones de defensa de la competencia.

Al respecto, aunque resulte paradójico, si acudimos a las prohibiciones de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE)¹, el legislador parece delimitar la aplicación de las prohibiciones de prácticas colusorias a “*acuerdos entre empresas*” o “*decisiones de asociaciones de empresas*” y las de abuso de posición de dominio a aquellas cometidas “*por una o más empresas*”, sin señalar, al menos de manera explícita, que los sujetos de tales prohibiciones puedan ser las administraciones públicas.

Para poder entender el alcance y ámbito de aplicación de la normativa de defensa de la competencia, es imprescindible que conozcamos cómo ha interpretado la jurisprudencia el concepto empresa (o ‘*undertaking*’), concepto que actualmente sigue en constante evolución.

Lo primero que hay que señalar es que el concepto empresa en el Derecho de la competencia obvia posiciones jurídico-formalistas y adopta una perspectiva económica o funcional. Lo anterior, se debe al propio origen del Derecho de la UE, el cual, para poder garantizar la aplicación efectiva de las prohibiciones actualmente contenidas en los artículos 101 y 102 del TFUE en todo el territorio de la UE con el objeto de lograr la creación de un verdadero mercado interior, optó por una interpretación amplia y dinámica de empresa que no fuera dependiente de los modelos de financiación nacionales de determinadas actividades o de los divergentes modelos nacionales de persona jurídica.

Sin perjuicio de que el concepto empresa siga actualmente generando algunas cuestiones jurídicas, lo cierto es que, según reiterada jurisprudencia, dicho concepto, a efectos de aplicación del Derecho de la competencia, comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de la naturaleza jurídica de dicha entidad y de su modo de financiación². Así, aunque el concepto empresa no está definido en los Tratados, es incontrovertido que la jurisprudencia de la UE permite responsabilizar de la comisión de infracciones de la normativa de defensa de competencia a entidades públicas o privadas, al margen de que tengan o no ánimo de lucro.

Así, de la jurisprudencia del TJUE sobre el ámbito y delimitación subjetiva del concepto *empresa* a efectos del Derecho de la competencia se extraen dos conclusiones fundamentales: en primer lugar, la naturaleza como administración pública no excluye necesariamente de la aplicación de las normas de defensa de la competencia; y, en segundo lugar, la cuestión fundamental debe trasladarse al concepto de actividad económica y a si la conducta concreta de

¹ Y de forma muy similar los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) («BOE» núm. 159, de 04/07/2007).

² Por todas, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 14 de marzo de 2019, *Vantaan kaupunki* contra *Skanska Industrial Solutions Oy* y otros, Asunto C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, párrafo 30; y la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 18 de diciembre de 2014, Comisión Europea contra *Parker Hannifin Manufacturing Srl* y *Parker-Hannifin Corp.*, Asunto C-434/13, ECLI:EU:C:2014:2456, párrafo 39.

la administración pública puede subsumirse o no en este concepto. Esto último, en ocasiones, mezcla esta cuestión con el concepto de servicios de interés económico general (SIEG) y la jurisprudencia *Altmark*³. No obstante, a efectos de la presente ponencia lo relevante es que una misma entidad puede verse sometida a la normativa de defensa de la competencia en algunas de sus actividades y no en otras.

Sobre este segundo punto, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, constituye una actividad económica cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado⁴. Por tanto, una actividad que, por su naturaleza, las normas que la regulan y su objeto, es ajena a la esfera de los intercambios económicos⁵ o se vincula al ejercicio de prerrogativas del poder público⁶ no estará sujeta a la aplicación de las normas sobre la competencia del TFUE.

Este foco en el concepto de actividad económica se traslada a la LDC en su artículo 4, que señala lo siguiente:

“1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.

2. 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”

Asimismo, la Disposición Adicional 4ª de la LDC recoge la definición de empresa del TJUE al señalar que *“se entiende por empresa cualquier persona o entidad que ejerza una actividad económica, con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación.”*

Por su parte, el Tribunal Supremo ha ido un paso más allá, al establecer en su Sentencia de 18 de julio de 2016 (STS 1833/2016)⁷ que la sujeción al Derecho de la competencia viene

³ Sentencia del Tribunal de Justicia de 24 de julio de 2003. *Altmark Trans GmbH y Regierungspräsidium Magdeburg* contra *Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH*, en el que participa *Oberbundesanwalt beim Bundesverwaltungsgericht.*, Asunto C-280/00, ECLI:EU:C:2003:415.

⁴ Por todas, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002. *J. C. J. Wouters, J. W. Savelbergh y Price Waterhouse Belastingadviseurs BV* contra *Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten*, con intervención de: *Raad van de Balies van de Europese Gemeenschap*, Asunto C-309/99, ECLI:EU:C:2002:98, párrafo 47 y jurisprudencia citada.

⁵ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de febrero de 1993. *Christian Poucet* contra *Assurances générales de France y Caisse mutuelle régionale du Languedoc-Roussillon*. Asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91. ECLI:EU:C:1993:63. Párrafos 18 y 19 en relación con la gestión del servicio público de la seguridad social.

⁶ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 1994. *SAT Fluggesellschaft mbH* contra Eurocontrol, Asunto C-364/92, ECLI:EU:C:1994:7, párrafo 30, en relación con el control y la policía del espacio aéreo y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de marzo de 1997. *Diego Calì & Figli Srl* contra *Servizi ecologici porto di Genova SpA (SEPG)*. Asunto C-343/95. Párrafos 22 y 23, en relación con la vigilancia anticontaminación del medio ambiente marítimo.

⁷ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 3ª, de 18 de julio de 2016, número de resolución 1833/2016, ECLI:ES:TS:2016:3525, recaída sobre la resolución de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) de 6 de octubre de 2011 en el marco del expediente S/0091/08 VINOS FINOS DE JEREZ

determinada no tanto por la naturaleza pública o privada de la entidad o institución, ni por las características externas de la actuación o la forma que esta adopte, sino por la capacidad de dicha conducta para incidir en el mercado y restringir la competencia. Por ello, entiende que una administración pública puede considerarse responsable de un cártel cuando su papel sea activo y vaya más allá de sus funciones propias, incluso aunque no ejerza una actividad económica.

Conforme a dicho pronunciamiento, el ámbito de aplicación de la normativa de competencia no estaría determinado solamente por el concepto de *empresa*, sino por la aptitud de la conducta realizada para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado. Esto amplía los límites del concepto de empresa a estos efectos y plantea que la administración pública puede infringir la normativa de competencia aunque no tenga asignada la competencia para el ejercicio de una determinada actividad económica, pero realice actuaciones en dicha actividad económica por la vía de hecho.

1.2. PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD PERSONAL

Una vez que tenemos claro el concepto de empresa, otro elemento que resulta importante analizar de cara a entender el ámbito de aplicación subjetivo del Derecho de la competencia es el relativo a la configuración del principio de responsabilidad personal por infracciones de la LDC y del TFUE.

Al respecto, cabe recordar que las funciones esenciales del Derecho de la competencia son evitar, por un lado, que se realicen conductas vulneradoras de la normativa de competencia y, por otro lado, sancionar aquellas conductas que, pese a la existencia de la norma, se produzcan por parte de las propias empresas.

Pues bien, para contextualizar el modo en que se ha interpretado el principio de responsabilidad personal en el marco del Derecho de la competencia, es importante señalar que las mismas pivotan en torno al principio de eficacia de la actuación de la autoridad de competencia en sus funciones de supervisión del cumplimiento de las normas de competencia, principio que, lógicamente, debe salvaguardarse sin una merma excesiva del principio de responsabilidad personal. Por tanto, las modulaciones existentes a este principio surgen como un complemento necesario a la regla de la responsabilidad personal, con el único objetivo de garantizar el efecto útil del régimen sancionador⁸ pese a la inevitable asincronía o falta completa de correspondencia temporal entre los hechos constitutivos de la infracción y el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la autoridad⁹.

por la que se declaraba responsable de una infracción de la LDC a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía.

⁸ Sobre el efecto útil del régimen sancionador el Tribunal Constitucional ya ha señalado desde su Sentencia 246/1991, de 19 de diciembre, BOE núm. 13, de 15 de enero de 1992, ECLI:ES:TC:1991:246, que:

"Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz".

⁹ ÁLVAREZ SAN JOSÉ, MARÍA y HORTALÀ I VALLVÉ, JOAQUIM, *Sucesión empresarial y responsabilidad por infracciones del Derecho de la Competencia*, Thomson Reuters-Civitas, diciembre de 2015.

En relación con el marco normativo, hay que señalar que el principio de responsabilidad personal se encuentra recogido en el artículo 25 de la Constitución Española y en el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público¹⁰. No obstante, la LDC también recoge dicho principio de un modo más específico en su artículo 61 en cuyo primer apartado señala que:

“Serán sujetos infractores las personas físicas o jurídicas que realicen las acciones u omisiones tipificadas como infracciones en esta ley o, en el caso de empresas, sus sucesores legales o económicos.”

1.2.1. Excepciones al principio de responsabilidad personal

Como se ha señalado, es evidente que la prolongada duración de ciertas conductas anticompetitivas y el dilatado lapso de tiempo que a menudo transcurre entre el inicio de una infracción, o incluso el fin de la misma, y la resolución de la autoridad de competencia, facilitan que se produzcan en la práctica casos en los que, en la fase de instrucción y resolución del procedimiento, la entidad originariamente infractora haya cambiado su titularidad, su estructura o forma legal o incluso se haya extinguido, en el sentido de disuelto o liquidado.

Por ello, es necesario hacer una breve mención a los supuestos de modificaciones estructurales de las personas jurídicas más comunes, que en la práctica son los supuestos de fusión y los de escisión y cesión global de activo y pasivo, así como los casos de escisión o cesión parcial que afecten a los activos implicados en la infracción, que pueden producirse durante el período que dura la infracción del Derecho de la competencia y que deben tener relevancia a la hora de asignar las correspondientes responsabilidades y sanciones pecuniarias derivadas de cualquier infracción. Esa modificación estructural relevante también puede producirse en el período posterior a haberse cometido la infracción pero antes de la prescripción de la misma y del fin del procedimiento administrativo ante la autoridad de la competencia.

La Comisión Europea a través de sus decisiones y, fundamentalmente, la jurisprudencia comunitaria, han ido estableciendo una serie de criterios en lo relativo a la imputación de la responsabilidad que suponen matizaciones o excepciones parciales al principio general de responsabilidad personal y que pueden agruparse en los siguientes supuestos:

En el caso de que la entidad legal infractora desaparezca con posterioridad a la ejecución de la conducta ilícita y no existe ya como tal persona jurídica en el momento en el que se resuelve sobre la existencia de la infracción y la responsabilidad derivada de la misma, cabe identificar a la nueva entidad legal que resulta responsable de los medios materiales e inmateriales con los que se realizó la infracción, y atribuir a esa nueva entidad la responsabilidad por la infracción cometida¹¹.

Si simplemente una unidad de negocio vinculada a una infracción del Derecho de la competencia es transferida a otra empresa, la empresa que era titular de tal unidad durante el período en el que se cometió la infracción continúa siendo responsable de tal infracción mientras siga existiendo, como consecuencia directa del mencionado principio de la responsabilidad personal por la infracción. Esta conclusión se conoce como la *regla Anic*, en

¹⁰ «BOE» núm. 236, de 02/10/2015.

¹¹ Véase al respecto la Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera), de 27 de septiembre de 2006, en el asunto T-43/02, *Jungbunzlauer AG* contra Comisión de las Comunidades Europeas. ECLI:EU:T:2006:270.

referencia al Asunto C-49/92 *Commission v Anic Partecipazioni SpA*¹², en el que el Tribunal de Justicia estableció que: “[...] *el criterio conocido como «de continuidad económica» sólo es aplicable cuando la persona jurídica responsable de la explotación de la empresa deja de existir jurídicamente tras la comisión de la infracción.*”.

No obstante, en este supuesto existen excepciones a la propia excepción. Al respecto el Tribunal de Justicia ha validado la existencia de una continuidad económica que permite imputar la conducta infractora a la empresa sucesora, aunque la empresa infractora siga existiendo como entidad jurídica, incluso en supuestos en los que la transferencia de activos se había producido tras haber cesado la infracción, si los vínculos estructurales entre las dos entidades, cedente y cesionario, existían en la fecha de la decisión de la Comisión¹³.

Por último, en los supuestos en los que se produce un cambio de denominación o una modificación estructural de la entidad infractora, con una finalidad fraudulenta no impedirá que se aplique el Derecho de la competencia a la nueva empresa. El del Tribunal de Justicia en su sentencia de 28 de marzo de 1984¹⁴, ya señaló que “*A efectos del artículo 85 del Tratado, un cambio en la forma jurídica y el nombre de una empresa no crea una nueva empresa exenta de responsabilidad por el comportamiento anticompetitivo de su predecesora, cuando, desde el punto de vista económico, las dos son idénticas*”.

1.2.2. Responsabilidad matriz-filial

Si bien ya hemos visto que la LDC recoge el principio de responsabilidad personal de un modo específico en su artículo 61.1, lo cierto es que en el párrafo 2 contempla una especialidad cuando establece que:

“A los efectos de la aplicación de esta Ley, la actuación de una empresa es también imputable a las empresas o personas que la controlan, excepto cuando su comportamiento económico no venga determinado por alguna de ellas.”

Por tanto, la LDC contempla la posibilidad de atribuir a una matriz la responsabilidad derivada de los actos de su filial, basándose para ello, como se señala a continuación, en los conceptos de unidad jurídica y unidad de decisión¹⁵.

En este sentido, los tribunales de la Unión Europea y españoles¹⁶ vienen considerando que en los casos en los que una matriz participa en el 100% del capital social de su filial existe

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Sexta) de 8 de julio de 1999. Comisión de las Comunidades Europeas contra *Anic Partecipazioni SpA*. Asunto C-49/92 P. ECLI:EU:C:1999:356.

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 29 de marzo de 2011. *ArcelorMittal Luxembourg SA* contra Comisión Europea (C-201/09 P) y Comisión Europea contra *ArcelorMittal Luxembourg SA* y otros (C-216/09 P). ECLI:EU:C:2011:190

¹⁴ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 28 de marzo de 1984. *Compagnie royale asturienne des mines SA* y *Rheinzink GmbH* contra Comisión de las Comunidades Europeas. Asuntos acumulados 29/83 y 30/83. ECLI:EU:C:1984:130.

¹⁵ Otro ejemplo, que ha sido objeto de estudio en la presente ponencia, se encuentra en el artículo 61.3 de la LDC que, de forma escalonada, acaba derivando la responsabilidad en el pago de las multas impuestas a las asociaciones a sus propios miembros.

¹⁶ Véase, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 29 de septiembre de 2011, en el asunto C-521/09 P, *Elf Aquitaine SA* contra Comisión Europea. ECLI:EU:C:2011:620 y la Sentencia de la Audiencia Nacional de

una presunción “*iuris tantum*” de que la matriz ejerce una influencia decisiva en el comportamiento de su filial, siendo esta presunción un elemento específico de la normativa de competencia derivado del concepto de unidad económica propio de esta disciplina. En tales casos corresponde a la matriz desvirtuar dicha presunción aportando pruebas que demuestren que su filial determina de modo autónomo su conducta en el mercado.

No obstante, lo cierto es que son escasísimas las ocasiones en las que una matriz ha podido desvirtuar dicha presunción, acusando generalmente a la autoridad de competencia de aplicar esta traslación de la responsabilidad como un mero automatismo. Al respecto, la jurisprudencia ha afirmado en repetidas ocasiones que para destruir esa presunción de influencia decisiva de la matriz respecto de su filial cuando la primera ostenta un porcentaje de participación del 100% o cercano al 100%, se exige que la empresa aporte prueba sólida y no meras declaraciones¹⁷.

Asimismo, los tribunales han considerado también que porcentajes inferiores al 100% para admitir esta presunción de control. Así, por ejemplo, la sentencia del TJUE de 27 de octubre de 2010¹⁸ consideró que era suficiente una participación del 90% para reconocer la concurrencia de influencia decisiva en el comportamiento de la filial. El Tribunal Supremo ha llegado a admitir un porcentaje del 73%¹⁹.

Esta presunción de la existencia de una influencia decisiva sobre las empresas matrices, también se aplica a las sociedades matrices de empresas interpuestas que poseen el 100% de las empresas filiales autoras de la infracción. La sentencia del TGUE de 12 de julio de 2018, asunto T-419/14²⁰, así lo confirma cuando señala que:

“[...] en el caso concreto de que una sociedad posea el 100 % del capital de una sociedad interpuesta que posee, a su vez, la totalidad del capital de una filial de su grupo que ha cometido una infracción de las normas de la Unión sobre la competencia, existe asimismo una presunción *iuris tantum* de que dicha sociedad ejerce una influencia determinante en el comportamiento de la sociedad interpuesta e indirectamente, a través de esta última, también sobre el comportamiento de dicha filial (véase, en este sentido, la sentencia de 8 de mayo de 2013, *Eni/Comisión*, C-508/11 P, EU:C:2013:289, apartado 48 y jurisprudencia citada)”.

En definitiva, cuando la responsabilidad de la sociedad matriz se determina mediante la presunción *iuris tantum* no desvirtuada de ejercicio efectivo de una influencia decisiva en la conducta comercial de la filial, esa sociedad matriz es personalmente sancionada por una infracción que se supone cometió ella misma en razón de los estrechos vínculos económicos y

11 de febrero de 2013. Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª. Recurso 48/2012. ECLI:ES:AN:2013:680.

¹⁷ Véase, la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 29 de septiembre de 2011, en el asunto C-521/09 P, *Elf Aquitaine SA* contra Comisión Europea. ECLI:EU:C:2011:620.

¹⁸ Sentencia del Tribunal General (Sala Cuarta) de 27 de octubre de 2010. *Alliance One International, Inc.*, antes *Standard Commercial Corp.* y otros contra Comisión Europea. Asunto T-24/05. ECLI:EU:T:2010:453.

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 2016. Sala de lo Contencioso-Administrativa. Sección 3ª. Recurso 2359/2013. ECLI:ES:TS:2016:66.

²⁰ Sentencia del Tribunal General (Sala Octava) de 12 de julio de 2018. *The Goldman Sachs Group, Inc.* contra Comisión Europea. Asunto T-419/14. ECLI:EU:T:2018:445; confirmada por la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 27 de enero de 2021. *The Goldman Sachs Group Inc.* contra Comisión Europea. Asunto C-595/18 P. ECLI:EU:C:2021:73.

jurídicos que la unían a la filial, derivados de la tenencia de la totalidad del capital de esta última. La sociedad matriz propietaria de la casi totalidad del capital de su filial se halla, en principio, en una situación análoga a la de un propietario único en cuanto a su capacidad de ejercer una influencia determinante en el comportamiento de su filial, dados los vínculos económicos, organizativos y jurídicos que las unen²¹.

1.3. RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS FÍSICAS POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: LA PROBLEMÁTICA DERIVADA DE LA LEY APLICABLE

Otro tema sustantivo que concierne al ámbito de aplicación subjetivo de los procedimientos de competencia tiene que ver con la potestad sancionadora de la CNMC frente a representantes legales o directivos de empresas por infracciones de la LDC. Concretamente, el artículo 63.2 de la LDC recoge que:

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

Quedan excluidas de la sanción aquellas personas que, formando parte de los órganos colegiados de administración, no hubieran asistido a las reuniones o hubieran votado en contra o salvado su voto”

El impulso definitivo a la aplicación generalizada de este precepto tuvo lugar a partir de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero 2015²², que no solo obligó a abandonar la metodología de cálculo de sanciones establecida por la Comunicación de 6 de febrero de 2009, de la Comisión Nacional de la Competencia, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea²³, sentado las bases de una nueva metodología para la fijación de multas, sino que también predicó la necesidad de adoptar otra serie de medidas punitivas previstas en la LDC y no siempre aplicadas en la práctica:

“el efecto disuasorio debe predicarse de la política de defensa de la competencia en su conjunto, en el marco de la cual sin duda tienen este carácter, además de las sanciones pecuniarias a las propias empresas, ciertas medidas punitivas previstas en la norma pero no siempre adoptadas en la práctica (como la contenida en el artículo 63.2 de la Ley 15/2007, que permite imponer multas de hasta 60.000 euros a las personas que integran los órganos directivos de las empresas infractoras)”

El efecto disuasorio al que hace referencia el Tribunal Supremo derivado de la imposición de multas a personas físicas se fundamenta en el hecho de que la consecuencia jurídica la sufre directamente quien tiene el dominio del hecho ilícito, en una suerte de levantamiento del velo. También se consigue reducir el problema de agencia entre los accionistas y los representantes legales o directivos de una empresa, toda vez que, si las multas se imponen exclusivamente a las empresas, en último término quiénes afrontan el pago de dichas multas son los propios accionistas (ya sea mediante una reducción de los dividendos o

²¹ Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera), de 12 de diciembre de 2014, Repsol y otros v Comisión, asunto T-526/08. ECLI:EU:T:2014:1078.

²² Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Recurso 2872/2013, ECLI:ECLI:ES:TS:2015:112.

²³ «BOE» núm. 36, de 11 de febrero de 2009, páginas 14654 a 14657.

una devaluación del valor de las acciones) y no los directamente responsables de las acciones de la empresa, quienes no tendrán incentivos a negarse a adoptar estrategias empresariales que puedan derivar en un riesgo de infracción de la normativa de competencia. Del mismo modo, puede incrementar los incentivos a acogerse al programa de clemencia en una determinada circunstancia, aumentando la capacidad de detección de cárteles por parte de las autoridades de competencia.

Dicho esto, al margen de qué entiende la jurisprudencia y cuál es el alcance legal del concepto de representante legal y miembro de los órganos directivos, sobre lo que ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo en varias sentencias²⁴ así como sobre la compatibilidad del artículo 69 de la LDC²⁵ con el derecho a la intimidad personal de las personas sancionadas²⁶, en este punto de la ponencia se va hacer referencia a la problemática derivada de aquellos procedimientos sancionadores en los que la intervención de la persona física sancionada se ha llevado a cabo durante la vigencia de la actual Ley 15/2007 y la anterior Ley 16/1989, por la aplicación los principios de irretroactividad de la norma sancionadora más desfavorable y de retroactividad de la más favorable.

Efectivamente, en el año 2007 se aprobó la Ley 15/2007, de 3 de julio de Defensa de la Competencia, que vino a sustituir a la anterior Ley 16/1989.

Una de las novedades que trajo la nueva Ley de 2007 fue la de elevar el importe de las multas a imponer a las personas físicas (representantes legales o directivos) que hubiesen intervenido en la infracción de las empresas a las que representan. Mientras la Ley 16/1989 establecía como tope sancionador la cantidad de 30.000 euros, con la nueva Ley de 2007 se incrementó este límite hasta los 60.000 euros.

En la práctica sancionadora de la CNMC, hasta la resolución de 29 de septiembre de 2021²⁷, cuando se ha presentado este supuesto de hecho, el Consejo ha optado por la vía más conservadora, consistente en aplicar con carácter retroactivo la Ley 16/1989 por ser más beneficiosa para los directivos.

Sin embargo, ello ha provocado un trato desigual en lo que se refiere al importe de las multas aplicables a los mismos. Uno de los casos más paradigmáticos se produjo en relación con el expediente S/DC/0614/17 SEGURIDAD Y COMUNICACIONES FERROVIARIAS, que fue el que impulsó la necesidad del cambio de criterio por parte del Consejo.

Efectivamente, en la propuesta de resolución de dicho expediente, la Dirección de Competencia imputó tanto a empresas como a directivos, destacando respecto a estos últimos que, dado que la participación de tres de ellos se inició con anterioridad al 1 de septiembre de 2007, se habría de aplicar, por ser más favorable, la Ley 16/1989. Para el resto de directivos a

²⁴ Por todas, véase la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, Sentencia número 95/2020. ECLI:ECLI:ES:TS:2020:132.

²⁵ El cual indica que: “*Serán públicas, en la forma y condiciones que se prevea reglamentariamente, las sanciones impuestas en aplicación de esta Ley, su cuantía, el nombre de los sujetos infractores y la infracción cometida*”.

²⁶ Por todas, véanse las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia 430/2019, ECLI:ECLI:ES:TS:2019:952; y de 9 de abril de 2019, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia 483/2019, ECLI:ECLI:ES:TS:2019:1178

²⁷ Expediente S/DC/0614/17 SEGURIDAD Y COMUNICACIONES FERROVIARIAS.

los que se les imputó su participación en el cártel, cuya duración se inició estando ya vigente la LDC, propuso la aplicación el citado artículo 63.2 de la LDC, con el límite máximo de 60.000€.

Respecto a los tres directivos a los que, en virtud de la propuesta de resolución, les sería de aplicación la Ley 16/1989, la participación del primero de ellos en la infracción se habría extendido durante 169 meses, de los cuales 122 habrían transcurrido durante la vigencia de la Ley 15/2007; en el caso del segundo, su participación en la infracción se habría extendido durante 146 meses, de los cuales 100 habrían transcurrido durante la vigencia de la Ley 15/2007; y finalmente, en el caso del tercero, su participación en la infracción se habría extendido durante 162 meses, de los cuales 123 habrían transcurrido durante la vigencia de la Ley 15/2007.

Ante esta problemática, la Sala de Competencia del Consejo de la CNMC acordó la recalificación de los hechos en el sentido de aplicar la Ley 15/2007 también a estos tres directivos, bajo la justificación de que no tiene sentido que, pese a tener una mayor participación en las conductas que el resto de directivos y pese a que la mayor parte de su participación se produce bajo la vigencia de la Ley 15/2007, en cambio su propuesta de sanción fuera significativamente inferior al resto de directivos y ello, como se ha dicho, es consecuencia de la aplicación del principio de irretroactividad de la Ley menos favorable.

Conforme a lo indicado, la aplicación de la LDC supuso la elevación de la sanción correspondiente a estos directivos de 30.500 euros a 60.000 euros.

El Consejo se apoyó asimismo en la Circular 2/1996, de 22 de mayo, sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores²⁸, donde se ofrecían unas directrices encaminadas a dar una solución al problema de cómo debe aplicarse el principio de irretroactividad en caso de los delitos continuados perpetrados durante la vigencia del código penal derogado y el nuevo.

A modo de resumen, según dichas directrices, ante delitos continuados bajo la vigencia de dos normas penales, si existe una actividad delictiva con suficiente entidad llevada a cabo durante la vigencia de la nueva norma, sería de aplicación esta última, integrando en el delito continuado las acciones llevadas a cabo bajo la norma anterior. Por el contrario, si solamente concurre una acción durante la vigencia del nuevo texto legal que concorra con otras cometidas en el marco de la norma derogada, se podrá castigar con arreglo al nuevo código penal pero la pena no podrá ser superior a la prevista en la norma anterior. En todo caso, cabe destacar que, aunque se trata simplemente de unas directrices, el propio Tribunal Supremo ha dado por buena la solución ofrecida por la Fiscalía General del Estado²⁹.

En definitiva, el Consejo sigue la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el ámbito penal (trasladable al ámbito administrativo sancionador por ser también la manifestación del *ius puniendi* del Estado) que señala que, ante delitos continuados bajo la vigencia de dos normas penales, si existe una actividad delictiva con suficiente entidad llevada a cabo durante la

²⁸ FIS-C-1996-00002.

²⁹ Por todas, véanse la Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2017. Sala de lo Penal. Sección 1ª. Resolución 657/2017. ECLI:ES:TS:2017:3610; y de 15 de julio de 1998. Sala de lo Penal. Sección 1ª. Resolución 951/1998. ECLI:ES:TS:1998:4759.

vigencia de una nueva norma, será de aplicación esta última, integrando en el delito continuado las acciones llevadas a cabo bajo la norma anterior.

2. VALIDEZ Y EXIGENCIA DE LA PRUEBA POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Una vez que tratados algunos de los temas sustantivos relacionados con el ámbito de aplicación subjetivo del derecho de la competencia más relevantes y específicos conviene abordar otro de los elementos que suele ser bastante recurrente en los procedimientos administrativos sancionadores en esta materia: la validez y exigencia de la prueba para poder acreditar la comisión de conductas prohibidas por la LDC y el TFUE.

Una primera aproximación la encontramos en la Sentencia del TGUE de 12 de diciembre de 2014, en el asunto T-562/08³⁰, en relación con la calidad probatoria que corresponde exigir a las autoridades de competencia en materia de prácticas contrarias al derecho de la competencia, que ha señalado lo siguiente:

“Al ser notorias tanto la prohibición de participar en acuerdos y prácticas contrarios a la competencia como las sanciones a las que se pueden exponer los infractores, es habitual que las actividades que comportan tales prácticas y acuerdos se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto, y que la documentación al respecto se reduzca al mínimo. Por consiguiente, no puede exigirse a la Comisión que aporte documentos que acrediten expresamente una toma de contacto entre los operadores afectados. Aunque la Comisión descubra tales documentos, normalmente éstos sólo tendrán carácter fragmentario y disperso, de modo que con frecuencia resulta necesario reconstruir algunos detalles por deducción. En consecuencia, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia se infiere de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia (sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 55 a 57; véase la sentencia Dresdner Bank y otros/Comisión, citada en el apartado 98 supra, apartados 64 y 65, y la jurisprudencia citada).”

Básicamente el Tribunal reconoce que dado el secretismo y la clandestinidad habitual en el que se desarrollan las conductas infractoras, no puede exigirse a las autoridades de competencia que aporten documentos que acrediten expresamente una toma de contacto entre los operadores, es decir, no exige prueba directa. Al contrario, considera suficiente inferir los acuerdos o prácticas concertadas con base en coincidencias o indicios que, en su conjunto, y a falta de otra explicación coherente, prueba la existencia de una infracción de las normas sobre competencia.

Ya en el ámbito judicial de nuestro país, el Tribunal Supremo, consciente también de la dificultad de demostrar este tipo de conductas, considera esencial el uso de la prueba indirecta en el ámbito de los procedimientos tramitados por la Autoridad de Competencia. Así, el Alto Tribunal en su Sentencia de 6 de marzo de 2000³¹ ha señalado que:

“Hay que resaltar que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a

³⁰ Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) de 12 de diciembre de 2014, Repsol Lubricantes y Especialidades, S.A., y otros contra Comisión Europea, Asunto T-562/08, ECLI:EU:T:2014:1078. Párrafo 160.

³¹ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Recurso 373/1993, ECLI:ES:TS:2000:1774. FD Segundo.

estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”.

Ahora bien, el hecho de que el Tribunal Supremo permita y comprenda la necesidad del uso de pruebas indirectas -con carácter especialmente intenso en la materia sancionadora de competencia- no implica que ésta esté exenta de ciertos requisitos de control sobre su uso. Así, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de octubre de 2020³² (recurso 410/2014), describe los requisitos jurisprudenciales que deben ser observados para hacer un uso legítimo de la prueba indiciaria:

"En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1985, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración". Consideraciones que ratifica la sentencia de 15 de julio de 2016, recurso núm. 293/2012, cuando señalábamos también respecto de la prueba de indicios que "... es bien sabido que su utilización en el ámbito del derecho de la competencia ha sido admitida por el Tribunal Supremo en sentencias de 6 de octubre y 5 de noviembre de 1997 (RJ 1997\7421 y RJ 1997\8582), 26 de octubre de 1998 (RJ 1998\7741) y 28 de enero de 1999 (RJ 1999\274)".

Otro asunto relacionado con las exigencias probatorias en los expedientes sancionadores de competencia tiene que ver con la fuerza probatoria de las declaraciones de clemencia³³. Este punto es importante, porque en el marco de dicho programa lo que se produce en esencia es una autoincriminación por parte de un incoado. Por tanto, resulta lógico que nos preguntemos sobre cuál es el valor probatorio que queremos darle a dicha declaración.

Pues bien, el Tribunal Supremo, consciente de esta problemática, ha sistematizado en su sentencia de 26 de junio de 2017³⁴, citando la Sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2011³⁵, la doctrina aplicable sobre esta cuestión en los siguientes términos:

En primer lugar, ninguna disposición, ni ningún principio general del Derecho, prohíbe a la autoridad invocar contra una empresa declaraciones de otras empresas inculpadas. Por ello, entiende que las declaraciones efectuadas en el marco de la Clemencia no pueden considerarse carentes de valor probatorio por este único motivo.

Asimismo, comprende que pueda existir una cierta desconfianza con respecto a las declaraciones voluntarias de los principales participantes en un cártel ilícito, ya que dichos

³² Sentencia de la Audiencia Nacional de 8 de octubre de 2020, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección 6ª. Recurso 410/2014. ECLI:ES:AN:2020:3105. FD Séptimo.

³³ Si el lector no está familiarizado con este programa se trata de un programa que permite a las empresas que forman parte de un cártel y que pongan en conocimiento de la CNMC su existencia, la exención del pago de la multa que pudiera corresponderle o, una reducción de su importe -en caso de que la CNMC ya tuviera conocimiento de dicho cártel- si aportan elementos de prueba y cooperan durante la instrucción del expediente.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2017, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Resolución 1117/2017. FD Primero. ECLI:ES:TS:2017:2488

³⁵ Sentencia del Tribunal General (Sala Tercera) de 30 de noviembre de 2011. *Quinn Barlo Ltd, Quinn Plastics NV y Quinn Plastics GmbH* contra Comisión Europea. Asunto T-208/06. ECLI:EU:T:2011:701.

participantes podrían minimizar la importancia de su contribución a la infracción y maximizar la de otros, pero ese simple hecho no crea necesariamente, a su juicio, un incentivo para presentar elementos de prueba deformados respecto a los demás participantes en el cártel investigado.

En particular, señala que debe considerarse que el hecho de que una persona confiese que ha cometido una infracción y reconozca así la existencia de hechos, implica, a priori, simplemente, que tal persona ha resuelto decir la verdad. De modo que las declaraciones contrarias a los intereses del declarante deben considerarse, en principio, pruebas especialmente fiables

En todo caso, señala que la declaración no es por sí sola prueba suficiente si no es respaldada por otros elementos probatorios. Para ello recuerda la importancia de apoyarse en indicios concordantes con el contenido de las declaraciones.

En conclusión, TS señala que *“las declaraciones del solicitante de clemencia no pueden, por este solo hecho, ni constituir las únicas pruebas de cargo, salvo que la coherencia y verosimilitud de relato sea lo suficientemente convincente a los ojos del Tribunal, ni tampoco que carezcan de valor probatorio alguno, pues, en principio, deben considerarse fiables, especialmente si van acompañadas de indicios concordantes, o elementos de prueba adicionales”*. O dicho de otro modo, que las declaraciones del clemente pueden ser corroboradas o contrarrestadas y, por tanto, ganan o pierden valor, cuando se vinculan y se comparan con el resto de elementos probatorios que integran el expediente y con las alegaciones presentadas por las partes.

3. INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA

Entre las prácticas más dañinas para la competencia podemos señalar las infracciones por la comisión de prácticas colusorias tipificadas en los artículos 1 de la LDC y 101 del TFUE. Lógicamente, cuanto mayor duración tengan tales conductas mayores serán los perjuicios generados para la competencia y para los consumidores.

Cada vez más conscientes de la ilicitud de este tipo de conductas, las empresas que pese a la existencia de la norma optan por materializar las practicas prohibidas, suelen hacerlo de manera clandestina. Por su parte, si bien el programa de clemencia es de enorme utilidad para la detección de este tipo de conductas, lo cierto es que con su utilización no siempre se consigue obtener pruebas de la comisión de la infracción durante toda su duración, máxime cuando se trata de carteles de una larga duración, de forma tal que surge como necesario acudir a la utilización de la prueba indiciaria por parte de la autoridad³⁶.

Por ello el TJUE ha avalado que la ausencia de prueba de la existencia de un acuerdo durante algunos periodos determinados (o la participación y ejecución por una empresa durante un periodo específico) no sea óbice para considerar que la infracción existió durante un periodo global más amplio siempre que esa infracción persiga una sola finalidad y se inserte en una infracción única y continua:

³⁶ GUERRA FERNÁNDEZ, ANTONIO y ARECES LÓPEZ, CRISTINA, *Los periodos temporales de carencia probatoria de la conducta anticompetitiva en la doctrina de la infracción única y continua o continuada*, Aranzadi, agosto de 2020.

“En el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continua”³⁷

A nivel nacional, el origen de la figura de la infracción única y continuada en proviene del orden penal. El artículo 74 de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal define el delito o falta continuada de la siguiente manera:

“No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado ”.

En la actualidad, el fundamento legal de esta figura la encontramos en el artículo 29.6 de la Ley 40/2015, que establece que *“Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión”.*

Por tanto, en el Derecho de la competencia las infracciones por la comisión de prácticas colusorias pueden resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado, aun cuando uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente una infracción de estas disposiciones³⁸.

Ahora bien, si bien, como hemos visto, el TJUE y los tribunales nacionales permiten acudir a esta figura para solventar la falta de acervo probatorio en un determinado lapso temporal, lo cierto es que su uso está vinculado al cumplimiento de una serie de requisitos que garanticen que no se usa de manera desproporcionada por parte de las autoridades de competencia:

El primer requisito es que exista una identidad entre los diversos elementos de los distintos actos que integran la conducta que se considera única. Entre tales elementos de identidad nos referimos al ámbito geográfico de las prácticas consideradas; los productos y servicios afectados; la de las formas de ejecución, y la de las empresas participantes, (pudiéndose tener en cuenta, además, la identidad de las personas físicas intervinientes por cuenta de las empresas implicadas)³⁹.

³⁷ Sentencia del Tribunal General (Sala Primera) de 17 de mayo de 2013. *Trelleborg Industrie SAS y Trelleborg AB* contra Comisión Europea, Asuntos acumulados T-147/09 y T-148/09, ECLI:EU:T:2013:259, párrafo 59.

³⁸ Sentencias del TJUE de 6 de diciembre de 2012, en el asunto C-441/11P, *Verhuizingen Coppens NV*, (ECLI:EU:C:2012:778) párrafo 41; y de 24 de junio de 2015, en el asunto C-293/13, *Bananas* (ECLI:EU:C:2015:416), párrafo 156. También las sentencias del TS de 3 de marzo de 2016, recurso 3604/2013 (ECLI:ES:TS:2016:932); de 27 de octubre de 2015, recurso 1044/2013 (ECLI:ES:TS:2015:4654); y de 21 de octubre de 2015, recurso 1755/2013 (ECLI:ES:TS:2015:4599).

³⁹ Sentencia de la AN de 27 de febrero de 2018, recurso 5/2016 (ECLI:ES:AN:2018:772), que tiene por objeto la resolución de la CNMC de 26 de mayo de 2016, en relación con el Expte. S/DC/0504/14 AIO.

Asimismo, es necesaria que exista una proximidad en el tiempo de los actos que integran la conducta, sin que existan saltos temporales significativos que impidan deducir la existencia de una conducta única⁴⁰. Este elemento tiene una naturaleza fundamentalmente casuística, pues cada mercado es distinto y ello influirá en la consideración de si los actos que integran la conducta pueden ser considerados lo suficientemente próximos en el tiempo como para ser calificación como una infracción única y continuada o como infracciones independientes.

Por ejemplo, en un cártel de reparto de ofertas de licitaciones los lapsos temporales vendrán definidos necesariamente por el tiempo discurrido entre las distintas convocatorias para las licitaciones, que podrán ser anuales o plurianuales. Sobre este punto, resulta especialmente ilustrativa la motivación del Consejo contenida en su resolución de 14 de marzo de 2019:

*“En este caso, además, tratándose de licitaciones públicas los acuerdos de reparto se suelen producir en la fase previa a la adjudicación del contrato, por lo que es habitual que durante la ejecución del mismo no haya una necesidad de las empresas de mantener de manera tan intensa los contactos y por eso en los periodos entre contratos la prueba de la existencia del cártel suele ser más reducida. Ello, no obstante, no significa que el cártel no siga vigente, máxime si tenemos en cuenta que en cada licitación se aprecia identidad de los elementos esenciales de la estrategia seguida por las empresas participantes y de objetivo y ello es una prueba evidente de la vigencia de los acuerdos”.*⁴¹

En todo caso, parece razonable pensar, en virtud de la práctica de la CNMC, que lapsos temporales sin prueba de participación en una práctica colusoria superiores a los 4 años, son lo suficientemente prolongados como para considerar que se rompe el criterio de la proximidad en el tiempo⁴².

⁴⁰ Sentencia de la AN de 9 de julio de 2013, recurso 490/2011 (ECLI:ES:AN:2013:3029), que tiene por objeto la resolución de la CNC de 24 de junio de 2011, en relación con el Expte. S/0185/09 Bombas de Fluidos, y la Sentencia del TG de 19 de mayo de 2010, asunto T-18/05 IMI y otros/Comisión (ECLI:EU:T:2010:202).

⁴¹ Página 164 de la resolución de 14 de marzo de 2019 dictada en el marco del expte. S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÓNICAS FERROVIARIAS.

⁴² Por todas, en la Resolución de 5 de septiembre de 2016 en el expediente S/DC/0525/14 CEMENTOS, la CNMC concluyó que un periodo de tres años de carencia probatoria, en una infracción global de entre siete y quince años, era lo suficientemente extenso como para considerar la ruptura de la continuidad de la infracción:

“[...] es cierto que el periodo durante el que se han realizado las conductas es lo suficientemente prolongado como para considerar la existencia de diferentes grados de intensidad en la realización de las mismas a lo largo de todo el periodo infractor. Así, la Audiencia Nacional [Sentencia de la AN de 21 de febrero de 2013 y la Sentencia de la AN de 19 de junio de 2013] ha señalado que para que una conducta sea considerada antijurídica no es necesario que tenga idéntica intensidad durante todo el tiempo en que tiene lugar, pues la coordinación y cooperación tienen altibajos, pueden decaer en determinados momentos, o verse interrumpidas por episodios periódicos, pero conservar sin embargo su esencia a lo largo del tiempo. Por todo ello, la existencia de saltos temporales de inactividad no afecta en ningún caso a la calificación de la infracción como única y continuada.

[...]

Y la Sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004 (asuntos acumulados C-204/00 p, C- 211/00 P, C-213/00 P, C- 217/00 P y C-219/00 p, Aalborg Portland A/S, § 258 a 261) concreta que: “(...) En el marco de un acuerdo global, que dura varios años el transcurso de algunos meses entre las manifestaciones del acuerdo tiene poca importancia. Por el contrario, el hecho de que las diferentes acciones se inscriban en un “plan conjunto” debido a su objeto idéntico es determinante”.

Sin embargo en este expediente, para algunas empresas los periodos en los que no ha sido posible obtener prueba de la conducta alcanzan casi los tres años, lo que supone, a la vista de la jurisprudencia y los

También la jurisprudencia ha considerado necesario que quede acreditada la existencia de un plan global que persiga un objetivo común conocido por todos los imputados en la infracción, que dicha contribución tenga carácter intencional por parte de cada una de las empresas y que quede suficientemente demostrado el conocimiento de los comportamientos de resto de los infractores por parte de los participantes.

4. CUANTIFICACION DE LAS SANCIONES POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En relación con la determinación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC y 101 y 102 del TFUE, hay que señalar que la LDC regula en su título V (artículos 61 a 70) el régimen sancionador que atribuye la competencia a la CNMC para imponer sanciones a quienes infrinjan lo dispuesto en la LDC. En el ejercicio de esta potestad sancionadora, la CNMC aplica discrecionalmente los principios de proporcionalidad y disuasión, dentro de los límites previstos en la propia normal.

Concretamente, el artículo 64 recoge los criterios para la determinación del importe de las sanciones entre los que se encuentra los siguientes criterios contenidos en el apartado 1: La dimensión y características del mercado afectado por la infracción, la cuota de mercado de la empresa o empresas responsables; el alcance de la infracción; la duración de la infracción; el efecto de la infracción sobre los derechos y legítimos intereses de los consumidores y usuarios o sobre otros operadores económicos; los beneficios ilícitos obtenidos como consecuencia de la infracción; y las circunstancias agravantes y atenuantes que concurran en relación con cada una de las empresas responsables.

Asimismo, en su apartado 2 recoge como circunstancias agravantes la comisión repetida de infracciones de la LDC, la posición de responsable o instigador de la infracción, la adopción de medidas para imponer o garantizar el cumplimiento de las conductas ilícitas y la falta de colaboración u obstrucción de la labor inspectora.

Al contrario, en su apartado 3 recoge las siguientes circunstancias atenuantes: la realización de actuaciones que pongan fin a la infracción, la no aplicación efectiva de las conductas prohibidas, la realización de actuaciones tendentes a reparar el daño causado y la colaboración activa y efectiva con la CNMC llevada a cabo fuera del programa de clemencia.

Bajo estos criterios la extinta CNC elaboró la Comunicación de 6 de febrero de 2009, sobre la cuantificación de las sanciones⁴³. Sin embargo, a raíz de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015⁴⁴, tuvo que abandonarse la misma sentándose las bases de una nueva metodología para la fijación de multas y provocando el recálculo de las multas de una gran cantidad de empresas calculadas bajo el paraguas de la anterior metodología.

Tal y como se indica en las indicaciones provisionales de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la determinación de las sanciones derivadas de infracciones

precedentes citados, considerar que esos periodos temporales sin prueba rompen, a efectos formales, la continuidad de la conducta” (FD 4.4).

⁴³ «BOE» núm. 36, de 11 de febrero de 2009, páginas 14654 a 14657.

⁴⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 2015, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª, Recurso 2872/2013, ECLI:ECLI:ES:TS:2015:112.

de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, y de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, la STS de 29 de enero de 2015 interpreta el artículo 63.1 de la LDC de la siguiente manera:

“El 10% al que se refiere la LDC no debe interpretarse como un límite que se aplica a posteriori, una vez calculada la sanción, sino que constituye el límite superior de un arco sancionador dentro del cual se situará la multa en función de la gravedad de la conducta. El 10%, por tanto, debe quedar reservado a las infracciones más graves.

El volumen de negocios al que se refiere el artículo 63.1 de la LDC debe entenderse como el volumen de negocios total de la empresa infractora tal y como aparece en sus cuentas anuales. Esto es, en todas las actividades económicas en las que la empresa participe, independientemente de cual sea el mercado afectado por la infracción.”

De este modo, el método de determinación de las sanciones por infracciones de la normativa de competencia se divide actualmente en dos fases:

En primer lugar, se determina un tipo sancionador general en función de las características de la infracción, entendiendo como tipo sancionador un porcentaje sobre el volumen total de negocios de la entidad infractora en el año anterior a la sanción. Este tipo sancionador se sitúa en el arco sancionador que tiene como extremo superior los límites establecidos en el artículo 63 de la LDC. Con carácter general, este tipo supone en torno al 60% del tipo sancionador total.

A continuación, se determina un tipo sancionador individual en función de la concreta conducta de cada empresa, que tiene un peso en torno al 40% del tipo sancionador total.

El tipo sancionador total se obtiene agregando el tipo sancionador general y el tipo sancionador individual. La multa en euros se calcula aplicando el tipo sancionador total al volumen de negocios total de cada empresa en el año anterior al de la imposición de la multa.

De acuerdo con lo indicado en la jurisprudencia del Tribunal Supremo desde el 29 de enero de 2015, una vez determinado el tipo sancionador total para cada entidad infractora, se realiza una comprobación final para asegurar que la sanción en euros resultante es proporcionada a la efectiva dimensión de la infracción.

Afortunadamente, este nuevo método de determinación de sanciones que aplica en la actualidad la CNMC ha sido confirmado recientemente en diversas sentencias de la Audiencia Nacional, mismas que se refieren tanto a resoluciones sancionadoras originales como a resoluciones en ejecución de sentencias que ordenan a la CNMC el recálculo de la sanción⁴⁵.

En todo caso, si bien es cierto que las pautas para la cuantificación de las multas contenidas en las nuevas Indicaciones de la CNMC son aplicadas con carácter general, cuando no ha sido posible o no ha resultado razonable su aplicación, la CNMC ha podido optar por sistemas alternativos, suficientemente motivados, para determinar el cálculo de la sanción.

⁴⁵ Entre otras, Sentencias de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta), de 20 de marzo de 2018 y 6 de abril de 2018, recursos núm. 374/2016 y 363/2016, en relación con el expediente S/DC/0504/14, AIO; Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta), de 14 de junio de 2018, recurso núm. 395/2017, en relación con el expediente S/0237/10, MOTOCICLETAS; Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta) de 3 de junio de 2018, recurso núm. 350/2017, en relación con el expediente S/0037/08, COMPAÑÍAS SEGURO DECENAL.

5. PROHIBICIÓN DE CONTRATAR POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Otro elemento sustantivo relevante de cara a la aplicación pública del derecho de la competencia es el relativo a la prohibición de contratar con la Administración prevista en el artículo 71.1.b) la Ley 9/2017, de 8 de Noviembre, de Contratos del Sector Público⁴⁶. Dicha disposición establece que:

“No podrán contratar con las entidades previstas en el artículo 3 de la presente Ley con los efectos establecidos en el artículo 73, las personas en quienes concurra alguna de las siguientes circunstancias: [...] b) Haber sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia [...] de falseamiento de la competencia, [...]”

Esta prohibición fue aplicada por primera vez por la CNMC en el año 2019 con motivo de la resolución de 14 de marzo de 2019 dictada en el marco del expte. S/DC/0598/2016 ELECTRIFICACIÓN Y ELECTROMECAÑICAS FERROVIARIAS.

Lo anterior respondía a algunas de las prioridades anunciadas por la CNMC con el fin de reforzar el denominado “*efecto disuasorio*” de la defensa de la competencia y así se reflejó en el Plan de Actuación de la CNMC publicado en mayo de 2017 al indicar entre dichas iniciativas el “*impulsar el uso de los instrumentos disponibles para luchar contra los cárteles, y en concreto, analizar los instrumentos de disuasión tales como las sanciones a personas físicas y la prohibición de contratar con el Estado para las empresas sancionadas.*”⁴⁷

La aplicación de la prohibición de contratar en las resoluciones de expedientes sancionadores en materia de competencia ha suscitado dudas sobre la propia naturaleza de la prohibición. En particular, si puede considerarse como una obligación sancionadora o, por el contrario, si nos encontramos ante una medida de gravamen no sancionadora.

Por un lado, la defensa de que se trata de una medida que no tiene carácter sancionador se basa en que, como medida de gravamen, cumple una función preventiva, respondiendo a la necesidad de que las entidades adjudicatarias puedan excluir de un proceso de licitación a los sujetos que no cumplan con un mínimo de honorabilidad al objeto de evitar los futuros riesgos que ello pudiera comportar.

Por otro lado, la postura favorable a considerar la naturaleza sancionadora de la prohibición de contratar se fundamenta en que se trata de una medida llamada a completar el elenco de consecuencias que lleva aparejadas una infracción de la normativa de competencia, tales como multas, obligaciones de comportamiento, reclamaciones de daños o sanciones a directivos. Se trataría, por tanto, de un instrumento represivo cuya finalidad es incrementar el nivel de disuasión, en particular, en aquellos casos en los que las sanciones puedan no ser suficientes, como ocurre, por ejemplo, cuando nos encontramos ante conductas de larga duración cuya sanción se ve limitada por la aplicación del tope del 10% de las ventas totales del último ejercicio de la empresa.

⁴⁶ «BOE» núm. 272, de 09/11/2017.

⁴⁷ “Plan de actuación 2017 de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia”, mayo de 2017, acción estratégica tercera, apartado 3.4.

En definitiva, la doctrina se ha planteado que la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia en el mercado se trate, por tanto, de una sanción administrativa que se impone además de la sanción pecuniaria a las empresas. Independientemente de ello, como medida restrictiva de derechos posee un carácter notoriamente disuasorio.

No obstante, en la actualidad ningún caso de aplicación por la CNMC de la prohibición de contratar ha impedido que las empresas hayan dejado de contratar con las Administraciones Públicas.

Esta posición puede resultar prudente y adecuada teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJUE, favorable a considerar la naturaleza preventiva de la prohibición de contratar, siendo determinante el análisis que realiza del artículo 57.6 de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE. En relación con este precepto, que introduce precisamente un mecanismo de medidas correctoras (*self-cleaning*) que permite al operador económico evitar la exclusión del procedimiento de contratación, el TJUE ha destacado que “*pone de relieve la importancia conferida a la fiabilidad del operador económico*”, en sentencias como la adoptada el 30 de enero de 2020, en el asunto C-395/18 *Tim*⁴⁸.

También destaca el pronunciamiento del TJUE en los asuntos *Meca Srl e Idi Srl*⁴⁹, en los que señala expresamente que “*fue voluntad del legislador de la Unión encomendar al poder adjudicador -y solamente a él- la tarea de apreciar, en la fase de selección de los licitadores, si un candidato o un licitador debe quedar excluido de un procedimiento de licitación*”.

Por otro lado, la CNMC es competente para aplicar directamente en sus expedientes sancionadores los artículos 101 y 102 del TFUE, por lo que un alineamiento de su postura con la del TJUE respecto a la naturaleza de la prohibición de contratar contribuye a una mayor homogeneidad de la política de competencia de la Unión en su conjunto.

En todo caso, adoptar una u otra postura tiene, a su vez, efectos sobre quién tiene la competencia para declarar la prohibición de contratar. De tratarse de una medida preventiva, sería el órgano de contratación el encargado de decidir si admite a la empresa en el proceso de licitación o no. Por el contrario, si se trata de una medida represiva, la decisión debe recaer siempre sobre la autoridad de competencia, ya sea nacional como autonómica, dado que esta última es la que puede equilibrar disuasión y proporcionalidad a fin de garantizar un trato no discriminatorio entre las empresas concurrentes.

En relación con lo anterior, el procedimiento a seguir para la declaración de la prohibición de contratar definido en el artículo 72 de la LCSP contempla dos posibilidades en función de si existe un pronunciamiento sobre el alcance y la duración de la prohibición. Este puede concretarse en la propia resolución sancionadora (no es el caso de la CNMC actualmente); o “*mediante procedimiento instruido al efecto*”. Básicamente “*corresponderá al Ministro de*

⁴⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 30 de enero de 2020 *Tim SpA - Direzione e coordinamento Vivendi SA contra Consip SpA y Ministero dell'Economia e delle Finanze*. Asunto C-395/18. ECLI:EU:C:2020:58.

⁴⁹ Véase la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) de 19 de junio de 2019, *Meca Srl contra Comune di Napoli*, Asunto C-41/18, ECLI:EU:C:2019:507; y la Sentencias del Tribunal de Justicia (Sala Décima) de 28 de marzo de 2019, *Idi Srl contra Arcadis - Agenzia Regionale Campania Difesa Suolo (Arcadis)*, Asunto C-101/18, ECLI:EU:C:2019:267

Hacienda y Función Pública previa propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado".

En cualquier caso, al margen del debate sobre la naturaleza de las infracciones a las que aplicar la prohibición de contratar, sobre la firmeza de la resolución de la CNMC, sobre el órgano competente para determinar la duración y alcance de la prohibición y las posibles relaciones entre los incentivos existentes entre el recurso a la clemencia y la prohibición de contratar que están actualmente en el debate académico, lo cierto, es que, de cara a lo que nos interesa en la presente ponencia, podemos concluir que de la práctica desarrollada por la CNMC hasta la actualidad la prohibición viene a sumarse al conjunto de medidas destinadas a desincentivar conductas que puedan constituir infracciones de competencia (multas de hasta el diez por ciento del volumen de negocios, multas individuales de hasta 60.000 euros a los directivos que hayan tenido una especial involucración en la infracción, demandas civiles por daños o nulidad civil de contratos). No obstante, quizás aún es pronto para evaluar los efectos de la prohibición de contratar, que dependerá en gran medida de varios aspectos tales como la definición del alcance y duración de la prohibición que se determine en los procedimientos administrativos ulteriores, y el nivel de exigencia y control respecto al contenido y solidez de los programas de cumplimiento realizados para suspender la prohibición⁵⁰.

6. CONCLUSIONES

A raíz del recorrido por los diversos epígrafes de la presente ponencia y la diversidad de temas abordados se puede alcanzar a atisbar la complejidad y a la vez constante evolución que los numerosos elementos que configuran esta disciplina están experimentando.

Desde los elementos más básicos, como el concepto de empresa, hasta los elementos más novedosos, como la aplicación de la prohibición de contratar, se puede concluir que son numerosas las posibilidades de desarrollo jurisprudencial que irán configurando los nuevos límites y horizontes en la aplicación pública del Derecho de la competencia, lo que a su vez exigirá del estudio y actualización constante a todos los operadores jurídicos que desarrollen su carrera profesional en este apasionante ámbito del Derecho.

ⁱ Las opiniones expresadas en la presente ponencia escrita son de la exclusiva responsabilidad del autor y no representan necesariamente la posición oficial de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁵⁰ Véase PÉREZ ABAD, CRISANTO, *Las resoluciones de la CNMC adoptadas en 2019 imponiendo prohibiciones de contratar con la administración*, Aranzadi, agosto de 2020.