

SANTIAGO MARTÍNEZ LAGE
AMADEO PETITBÒ JUAN
(Directores)

**REMEDIOS Y SANCIONES
EN EL DERECHO
DE LA COMPETENCIA**

FUNDACIÓN RAFAEL DEL PINO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2008

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
INTRODUCCIÓN DE LOS DIRECTORES DE LA OBRA	11
PLANTEAMIENTO GENERAL	
Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia, <i>por Rafael Allendesalazar.....</i>	17
El papel disuasorio de las sanciones: una reflexión motivada por las nuevas directrices comunitarias, <i>por Jorge Padilla y Elena Zoido</i>	37
La regulación <i>ex ante</i> y el remedio <i>ex post</i> , <i>por Cani Fernández.....</i>	57
¿Criminalización de las prácticas restrictivas de la competencia? Los carteles ante la justicia penal, <i>por Nicolás González-Cuéllar Serrano</i>	75
LOS REMEDIOS EN MATERIA DE CONDUCTAS PROHIBIDAS	
Remedios, condiciones y obligaciones impuestas al término de un expediente sancionador, <i>por Fernando Díez Estella</i>	103
Remedios estructurales en casos de abusos de posición de dominio y los remedios estructurales, <i>por Fernando Jiménez Latorre y Eduardo Prieto Kessler.....</i>	135
Las decisiones sobre compromisos del artículo 9 del Reglamento 1/2003, <i>por Oriol Armengol i Gasull.....</i>	149

	<u>Pág.</u>
La terminación convencional en los procedimientos sancionadores nacionales, <i>por Fernando Lorente Hurtado</i>	163

LOS COMPROMISOS EN MATERIA DE CONCENTRACIONES

Remedios estructurales en control de concentraciones: un análisis coste-beneficio, <i>por Enrique Cañizares Pacheco y Daniel Domínguez Muñoz</i> . ..	179
El comprador de los activos en la aplicación de los remedios estructurales: en particular, el <i>up-front buyer</i> y las soluciones <i>fix-it-first</i> , <i>por Jesús Alfaro Águila-Real</i>	205
Las soluciones de comportamiento, <i>por Íñigo Igartua</i>	223
Varios remedios en busca de un daño a la competencia por una concentración. Conceptos e instrumentos clave en materia de remedios: comprador adecuado, negocio viable, el <i>trustee</i> y otros, <i>por Antonio Creus</i>	241

REVISIÓN JUDICIAL Y CONTROL A POSTERIORI

La revisión judicial comunitaria de las condiciones en materia de control de concentraciones, <i>por Francisco Cantos Baquedano y Enrique Carrera Hinojal</i>	263
La revisión judicial de los remedios y compromisos en procedimientos sancionadores, <i>por Rafael García-Valdecasas y Fernández</i>	299
Reacción ante los incumplimientos de compromisos y soluciones. La valoración <i>a posteriori</i> de la efectividad de los remedios, <i>por Lluís Cases y Javier Menor</i>	319
ANEXOS	343

INTRODUCCIÓN DE LOS DIRECTORES DE LA OBRA

Fiel a la invitación otoñal, el 21 de noviembre de 2007, la **Fundación Rafael del Pino** acogió el Cuarto Seminario de Derecho y Economía de la Competencia, continuando así la serie iniciada en 2004, que ha ganado ya un indiscutido prestigio y ha dado lugar a la publicación de tres excelentes volúmenes (*La modernización del Derecho de la Competencia en España y en la Unión Europea*, 2005; *El abuso de la posición de dominio*, 2006, y *El Derecho de la Competencia y los Jueces*, 2007) editados por la Fundación y la editorial Marcial Pons, co-editores igualmente de la presente obra.

El seminario de este año lo hemos dedicado a *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*. La actualidad del tema viene subrayada por la reciente publicación por la Comisión Europea de una *Comunicación sobre el cálculo de las multas*¹ y de un *Borrador sobre soluciones aceptables para las concentraciones*². El tema, además, ofrecía diversas perspectivas —incluida la penal— que, hasta ahora, no solían ser tratadas conjuntamente. Nos pareció, por tanto, que resultaba oportuno convocar a un grupo de especialistas para abordar todas estas cuestiones con el rigor que caracteriza nuestros encuentros.

En la primera de las mesas, cuatro profesionales (Rafael ALLENDESALAZAR, Jorge PADILLA, Cani FERNÁNDEZ y Nicolás GONZÁLEZ-

¹ Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003 (Texto pertinente a efectos del EEE) (*Diario Oficial núm. C 210 de 01/09/2006 p. 0002-0005*): [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901\(01\):ES:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52006XC0901(01):ES:HTML)

² COMMISSION NOTICE on remedies acceptable under Council Regulation (EEC) No 139/2004 and under Commission Regulation (EC) No 802/2004: http://ec.europa.eu/comm/competition/mergers/legislation/draft_remedies_notice.pdf

CUELLAR) abordaron las distintas reacciones del ordenamiento jurídico de la competencia ante una infracción: la sanción administrativa (tradicional en el sistema europeo), la reclamación de daños (más frecuente en el sistema norteamericano), la sanción penal (muy común en los Estados Unidos y en algún país europeo), y los posibles remedios estructurales o de comportamiento, que son los que, a la postre, más interesan al mercado. Todos los autores coincidieron en señalar que el efecto disuasorio de las prohibiciones de conductas anti-concurrenciales sólo se alcanza cuando las infracciones dejan de ser rentables para el infractor pero que, además, es necesario adoptar las medidas para remover los efectos de la infracción.

Adentrándonos en los remedios aplicables para contrarrestar los efectos de las conductas prohibidas, se puso de manifiesto que la obligada diferenciación entre remedios estructurales y de comportamiento, o entre remedios *ex ante* y *ex post*, o cualquier otra tipología —como la expuesta por F. JIMÉNEZ LATORRE y E. PRIETO KESSLER— no deben hacer olvidar tres cuestiones básicas en esta materia: la proporcionalidad, la efectividad y la aplicabilidad, de los remedios propuestos (F. DÍEZ ESTELLA). Vehículo muy efectivo para la aplicación de remedios es actualmente la terminación convencional de los procedimientos sancionadores, ya sea en el ámbito comunitario (art. 9 del Reglamento 1/2003) ya en el nacional (art. 52 de la vigente Ley de Defensa de la Competencia). A ambos, dedicaron sus ponencias Oriol ARMENGOL y Fernando LORENTE, reflexionando acerca de sus posibles efectos vinculantes para terceros y para los órganos jurisdiccionales.

Tratándose de remedios, era necesario dedicar una mesa a los remedios propuestos/impuestos para la autorización de operaciones de concentración económica. Partiendo de la práctica de la Comisión Europea, actualizada en su *Borrador sobre soluciones aceptables para las concentraciones*, se analizaron las ventajas de los remedios estructurales (Enrique CAÑIZARES y Daniel DOMÍNGUEZ), sin dejar de reivindicar el papel de los de comportamiento, particularmente en el sistema español en el que la jurisprudencia del Tribunal Supremo no privilegia a unos sobre otros (Iñigo IGARTUA). Resultaba necesario aclarar una serie de términos y conceptos, empleados en los reglamentos y comunicaciones comunitarios sobre la materia, y frecuentemente formulados en inglés: «*viabile business* o empresa viable», «*suitable purchaser* o comprador adecuado», «*trustee* o fiduciario»... A esta labor dedicó Antonio CREUS una útil ponencia. Dos de los instrumentos de mayor actualidad en este campo y que son objeto de una cierta confusión —el «*fix-it-first*» o «arréglo primero», y el «*up-front buyer*» o «comprador identificado»— fueron abordados con un rigor, muy de agradecer, por Jesús ALFARO.

Aunque el año pasado habíamos consagrado una parte de nuestro seminario (*El Derecho de la Competencia y los Jueces*) a la revisión judicial de las decisiones administrativas, era necesario abordar este año, de manera específica, la revisión judicial de las decisiones que imponen condiciones en materia de concentraciones y las de aquellas que imponen remedios en los procedimientos sancionadores. La primera materia fue tratada por F. CANTOS. A la segunda dedicó su ponencia, con la experiencia de varios lustros de ejercicio jurisdiccional en el Tribunal Comunitario de Primera Instancia, R. GARCÍA-VALDECASAS. Lluís CASES y Javier MENOR, finalmente, se ocuparon de la difícil tarea de estudiar la valoración *a posteriori* de la efectividad de los remedios.

Al igual que en años anteriores, los ponentes seleccionados destacan por desarrollar su actividad en los diversos ámbitos en los que se estudia y practica nuestra disciplina, tanto en su vertiente jurídica como económica.

Las ponencias presentadas han sido, como ya es tradición en el Seminario, objeto de amplio debate con los demás ponentes y con otros participantes. Los autores que lo han juzgado oportuno han podido retocar sus textos iniciales, antes de entregarlos a la imprenta, para tomar en cuenta las aportaciones surgidas de las discusiones.

«Lo que no es tradición es plagio», decía el inclasificable Eugenio D'ORS en una de sus más repetidas y menos explicadas citas. Una razonable interpretación de esta *d'orsada* lleva a pensar que, para el común de los mortales y con excepción de los genios, los pequeños logros que vamos alcanzando sólo pueden inscribirse en la trayectoria de los avances de los demás, sobre los cuales vamos añadiendo nuestro granito de arena.

Después de cuatro ediciones anuales el Seminario de Derecho y Economía de la Competencia de la **Fundación Rafael del Pino** cuenta ya con su propia tradición, en la que se enmarcan las contribuciones de una cincuentena de especialistas, que han aportado sus ponencias escritas, en unos casos, y sus comentarios orales, en otros.

En anexo publicamos la lista de los participantes en esta cuarta edición (incluidos los que no son autores de ponencias) y las instrucciones impartidas a los mismos. Ello permitirá a los lectores conocer cómo se ha organizado el seminario y cómo se han elaborado los textos que, un año más, tenemos la satisfacción de prologar.

Santiago MARTÍNEZ LAGE
Amadeo PETITBÒ JUAN
Co-Directores de la obra

POSIBLES REACCIONES FRENTE A EVENTUALES RESTRICCIONES DE LA COMPETENCIA

Rafael ALLENDESALAZAR
Socio Martínez Lage & Asociados

1. LAS DISTINTAS VÍAS DE PERSECUCIÓN DE LAS INFRACCIONES ANTITRUST

Para luchar contra las prácticas restrictivas de la competencia, los Estados pueden optar por recurrir a una o varias de las siguientes vías:

- A un procedimiento administrativo sancionador, cuya aplicación quede encomendada a órganos administrativos especializados.
- A la acción directa de los particulares perjudicados por las prácticas restrictivas, a través de los tribunales civiles¹.
- A procedimientos y sanciones penales.

El primero y el tercero de estos procedimientos implican esencialmente una aplicación pública de las normas de la competencia —aunque los particulares afectados puedan desempeñar un papel esencial en el impulso de esa acción pública— mientras que la actuación de los tribunales civiles descansa fundamentalmente en una aplicación privada

¹ En este artículo nos referiremos a los tribunales civiles en un sentido amplio, como orden civil, englobando tanto a los órganos de la jurisdicción civil propiamente dicha como a los juzgados de lo mercantil.

de tales normas —aunque las autoridades públicas también pueden cooperar en esta aplicación privada con su intervención como *amicus curiae* en los procedimientos civiles—; además, la acción pública puede servir de punto de partida a la acción de los particulares (acciones de *follow on*).

En los Estados Unidos, desde un primer momento la Sherman Act confió, además de en la aplicación administrativa, en la aplicación privada. A tal efecto, estableció un importante incentivo para que los particulares actúen como «fiscales generales» privados: la regla que otorga a los perjudicados el triple del daño derivado de la práctica restrictiva. Esta regla, reforzada con normas que convierten a las empresas infractoras en conjunta y solidariamente responsables de los daños causados, han sido con frecuencia criticadas, sobre todo de este lado del Atlántico, por fomentar la aparición de litigios infundados. Sin embargo, la *Anti-trust Modernization Commission* norteamericana², encargada, como su propio nombre indica, de realizar recomendaciones para la modernización de las normas antitrust, recientemente pidió que se mantuviesen estas reglas. En efecto, la Comisión señaló que el *treble damage* cumple hasta cinco importantes funciones³:

- Tiene un efecto disuasorio, al hacer que el potencial infractor quede expuesto a perder los eventuales beneficios de su conducta, compensando además la probabilidad de que la conducta no llegue a ser detectada y sancionada.
- Castiga al infractor y resalta la condena social por emprender ese tipo de prácticas.
- Elimina el beneficio de la infracción (*disgorgement of gains*) suprimiendo así un incentivo a infringir.
- Facilita la plena compensación de las víctimas, en la medida en que algunos daños son difíciles de acreditar y de recuperar.
- Crea un incentivo para que los particulares afectados, cuyo papel se considera esencial para colmar las limitaciones de la persecución pública de este tipo de infracciones, actúen como verdaderos «fiscales generales privados».

La Sherman Act también preveía la posibilidad de imponer sanciones penales a los directivos de las empresas responsables de las infracciones. Durante varias décadas el Departamento de Justicia no hizo uso de esa posibilidad, pero en los últimos años ha conseguido que más de un centenar de directivos hayan sido condenados a penas de cárcel. Y

² La Antitrust Modernization Commission fue creada en el año 2002 e hizo público su informe y recomendaciones en abril de 2007. Ver http://www.amc.gov/about_commission.htm.

³ Antitrust Modernization Commission. *Report and Recommendations*, pp. 243 y ss.

aunque la legislación americana permitiría, en principio, imponer este tipo de sanciones penales por cualquier tipo de infracción a las normas antitrust, lo cierto es que es política del Departamento de Justicia iniciar acciones penales únicamente respecto de las infracciones horizontales más graves (acuerdos de precios; amaño de subastas; reparto de mercados), pero en ningún caso respecto de las infracciones a la Sección 2 de la Sherman Act, equivalente al art. 82 TCE. Conviene además recordar que el Departamento de Justicia pretende que este tipo de sanciones se apliquen con independencia de la nacionalidad de los directivos, llegando incluso a entablar duras batallas legales para conseguir la extradición de directivos extranjeros de sus propios países de origen⁴.

Por el contrario, en Europa la aplicación de las legislaciones nacionales y comunitaria de la competencia tradicionalmente ha recaído de forma prácticamente exclusiva en las autoridades administrativas especializadas. Si bien en la mayoría de los Estados miembros la vía aplicación privada directa estaba teóricamente abierta, lo cierto es que, hasta hace unos pocos años, se encontraba en una fase de «total subdesarrollo»⁵. Son también relativamente pocos los países europeos en los que está previsto un tipo penal específico para sancionar a quienes cometen prácticas restrictivas de la competencia⁶.

Sin embargo, en los últimos años desde la Comisión Europea se está impulsando un cambio importante en esta situación para hacer más eficaz la lucha contra estas infracciones.

Por una parte, la Comisión Europea está dotando a su acción administrativa de nuevos instrumentos tendentes a otorgarle medios más eficaces para combatir las restricciones de la competencia más graves, y en particular los carteles. Así, introdujo en 1996 un procedimiento de

⁴ El caso más notorio hasta la fecha es el del Sr. Ian Norris, cuya extradición a los Estados Unidos ya ha sido acordada por el Secretario de Estado británico, y que únicamente está pendiente de un último recurso ante la House of Lords.

⁵ Ver el estudio sobre la situación de las indemnizaciones por daños y perjuicios por infracciones de las normas comunitarias de la competencia, disponible en la página web de la DG COMP: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/others/private_enforcement/index_en.html.

⁶ Para una lista de países comunitarios y extracomunitarios en los que las infracciones a las normas de la competencia pueden dar lugar a sanciones penales, ver J. JOSHUA y P. D. CAMESASCA, *An antitrust NATO - the DoJ's «foreign policy» in the war against international cartels*, en http://howrey.com/docs/AnAntitrustNATO_GCR-EuropeanATReview.pdf.

En otros Estados miembros, aunque existen tipos penales más generales en los que podrían encajarse este tipo de prácticas, estas figuras no suelen aplicarse para perseguir a quienes realizan prácticas restrictivas de la competencia. Éste sería el caso en España con los arts. 281 (manipulación de oferta de materias primas o productos de primera necesidad) y 284 (alteración del precio de las cosas) del Código Penal. Ver C. FERNÁNDEZ, J. M. PARET y M. VENTURA, «¿Pueden ir a prisión los directivos españoles por la comisión de conductas anticompetitivas llevadas a cabo por su empresa?», *GJ*, núm. 218, pp. 35-49 (2002).

clemencia con objeto de generar un «dilema del prisionero» entre los miembros de los carteles y favorecer con ello su desestabilización y descubrimiento. La actuación administrativa se está además potenciando, por un lado, con la imposición de multas de un nivel cada más elevado⁷, y por otro, con el establecimiento de otras vías alternativas o complementarias que facilitan la terminación de los procedimientos, a fin de liberar recursos administrativos para concentrarse en la persecución de las infracciones más graves.

En este contexto se encuadra la recientísima propuesta de la Comisión Europea de introducir un nuevo procedimiento de transacción en casos de cartel, que pretende facilitar la terminación de este tipo de procedimientos —pese a suponer la infracción más flagrante de las normas de la competencia—, ofreciendo a las empresas que reconozcan su participación en el cartel y su responsabilidad, la posibilidad de ver reducidas las multas que potencialmente se les podrían imponer⁸. Se trata de un mecanismo parecido al reconocimiento de responsabilidad o pago voluntario que ya preveía en España el art. 8 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, pero que no quedó recogido ni en la anterior Ley 16/1989, ni en la nueva LDC.

También hay que destacar, respecto de posibles restricciones menos graves, la creciente utilización por parte de la Comisión Europea del procedimiento de terminación mediante compromisos —equivalente a la terminación convencional de la LDC—, que se introdujo formalmente en el procedimiento comunitario con el art. 9 del Reglamento 1/2003. Como más adelante veremos, esta forma de terminación ha demostrado ser particularmente útil en aquellos casos en los que la mera prohibición de una determinada práctica no resuelve adecuadamente la situación en el mercado.

Por otra parte, la Comisión Europea está firmemente convencida de la perentoria necesidad de reforzar la aplicación privada del Derecho de la Competencia. Así lo puso de manifiesto en el año 2005 con su Libro Verde sobre Reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las

⁷ La combinación de una política de elevación sustancial de las multas con el sistema de clemencia está conduciendo a que, en un número creciente de casos, son precisamente las empresas que, en condiciones normales, recibirían las multas más elevadas, las principales beneficiarias del régimen de clemencia, mientras que otras más pequeñas soportan el grueso de las multas (ver, por ejemplo, el caso de *Bayer* en el cartel del caucho cloropreno [IP/07/1855] o de *Repsol* y *BP* en el caso del cartel español del betún [IP/07/1438]). Este tipo de situaciones resulta difícilmente comprensible desde el punto de vista de los principios de proporcionalidad y de la equidad, pero son coherentes con la voluntad de la Comisión de combinar ambos mecanismos para introducir un factor de desestabilización de los carteles, a costa incluso de tales principios jurídicos.

⁸ La Comisión Europea acaba de abrir una consulta pública acerca de esta propuesta. Ver en este sentido <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation/settlements.html>.

normas comunitarias de defensa de la competencia⁹ y en el documento de trabajo anejo¹⁰. Avanzando en esta línea, en los próximos meses está anunciada la publicación de un Libro Blanco, en el que la Comisión concretará algunas propuestas para lograr este objetivo. En España, este impulso de las acciones privadas ha quedado reflejado en la nueva LDC, una de cuyas principales aportaciones ha sido, precisamente, la modificación de determinadas normas jurisdiccionales y procesales «*con el fin de articular adecuadamente la aplicación privada de las normas de competencia por parte de los órganos de lo mercantil*»¹¹.

Por último, aunque la DG COMP formalmente parece excluir promover de la persecución penal de las infracciones a las normas de la competencia¹², lo cierto es que desde la propia DG COMP y algunas autoridades nacionales de la competencia surgen voces en favor de esta posibilidad. Quienes apuntan en este sentido consideran que el Reglamento 1/2003 ha sido conscientemente diseñado para permitir que los Estados miembros sancionen penalmente estas infracciones¹³, si bien reconocen que en su art. 23.5 excluye expresamente el carácter penal de las decisiones de la Comisión imponiendo multas por infracciones a los arts. 81 u 82 TCE.

En definitiva, tanto las autoridades administrativas de la competencia como los particulares perjudicados disponen hoy en día de un arsenal cada vez más amplio de armas para luchar contra las prácticas restrictivas de la competencia. Ahora bien, como veremos a lo largo de esta jornada, cada uno de esos procedimientos presenta sus peculiaridades en cuanto a los medios de investigación de las prácticas prohibidas, estándar de prueba de la infracción y posibles remedios y sanciones.

Ello probablemente nos lleve a concluir que, en función de cómo se prioricen los objetivos en la lucha contra de las restricciones antitrust y de cuál sea el tipo de restricción de la competencia que se pretende per-

⁹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52005DC0672:EN:NOT>.

¹⁰ Commission Staff Working Paper Annex to the Green Paper Damages actions for breach of the EC antitrust rules [COM(2005) 672 final].

http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/sp_en.pdf.

¹¹ Exposición de Motivos de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

¹² A este respecto, P. LOWE manifestó el año pasado en Fordham que sería poco realista pensar que la Comisión Europea fuese a adoptar un sistema similar al americano, concluyendo «*I just can't see us going down that road*».

¹³ En este sentido, W. P. J. WILS deduce esta tendencia de una interpretación conjunta de los arts. 5 del Reglamento 1/2003, que permite a las autoridades nacionales de la competencia imponer multas «*o cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional*», y del 12.3, en virtud del cual dichas autoridades no pueden utilizar la información intercambiada con otras autoridades nacionales «*para imponer penas privativas de la libertad*». W. P. J. WILS, *Is criminalization of EU Competition Law the answer?*, [http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Wils.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Wils.pdf).

seguir en cada caso, alguno de estos procedimientos puede resultar más eficaz que los otros.

2. OBJETIVOS DE LA LUCHA CONTRA LAS RESTRICCIONES DE LA COMPETENCIA

En la lucha contra las restricciones de la competencia se puede pretender alcanzar diferentes objetivos. Algunos de estos objetivos pueden ser más relevantes para la aplicación privada del Derecho de la Competencia y otros para la aplicación pública; e incluso dentro de la aplicación pública, las distintas políticas de defensa de la competencia pueden atribuir mayor peso a alguno de estos objetivos que a otros.

A) Poner fin a la infracción y evitar la reincidencia

Tanto la aplicación pública como la privada del Derecho de la Competencia deberían coincidir en su objetivo esencial: conseguir poner fin lo más rápidamente posible a la restricción de la competencia.

En cambio, en relación con la reincidencia, los intereses en ambas vías ya no tienen por qué coincidir. En el ámbito de la aplicación privada, el interés del particular perjudicado se limita normalmente a poner fin y a resarcirse del perjuicio sufrido, y a evitar que se le vuelva a causar. Por el contrario, para las autoridades públicas de la competencia es un objetivo fundamental evitar la reiteración de las conductas restrictivas, con independencia de que afecten a los mismos perjudicados o a otros. De ahí que tanto las Directrices de la Comisión para el cálculo de las multas impuestas como la LDC consideren la reiteración como una circunstancia agravante a la hora de graduar las multas¹⁴.

B) Restablecimiento del grado de competencia que habría existido de no ser por la infracción

En la medida en que el restablecimiento del grado de competencia exija la adopción de medidas positivas, el cumplimiento de este objetivo corresponderá esencialmente a las autoridades públicas. Por el contrario, los tribunales civiles pueden adoptar órdenes de cesación o de

¹⁴ Art. 64.2.a) LDC y apartado 28 de las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) núm. 1/2003; estas últimas permiten duplicar el importe base de la multa cuando se constate la persistencia o reincidencia en una infracción idéntica o similar tras haber constatado la Comisión o una autoridad nacional de competencia que la empresa ha vulnerado las disposiciones del art. 81 o del art. 82.

remoción de los efectos pero, en principio, difícilmente pueden imponer a la empresa infractora medidas positivas para restablecer el grado de competencia que habría existido de no ser por la infracción.

En relación con este objetivo, en una mesa redonda celebrada el año pasado en el seno de la OCDE sobre remedios y sanciones en el ámbito de las conductas unilaterales¹⁵ se cuestionó si las autoridades de la competencia podrían imponer remedios que introdujesen en el mercado un grado de competencia incluso mayor que el que hubiese existido de no haberse producido la práctica prohibida. En principio parecería que esa función no debería corresponder a las autoridades de competencia sino recaer en los órganos reguladores, ahí donde los haya, o en el legislador. Así parece además confirmarlo la reciente sentencia del TPI en el asunto *Alrosa*¹⁶, en la que se señala que la obligación impuesta a las empresas de poner fin a las infracciones a las normas de la competencia no puede exceder de lo necesario para alcanzar este fin, que no es otro que el cumplimiento de las normas infringidas. Es más, aunque el TPI se refería en particular a las facultades de la Comisión Europea en caso de constatación de infracción¹⁷, extendió esa doctrina a los compromisos que una empresa puede ofrecer para poner fin a un procedimiento mediante una decisión del art. 9 del Reglamento 1/2003.

C) Efecto disuasorio

La aplicación pública de las normas de la competencia debe también generar un efecto disuasorio suficiente que desincentive futuras prácticas restrictivas. El instrumento más evidente para alcanzar este objetivo son las multas.

La duda que se plantea es qué nivel deben tener las multas para conseguir un efecto disuasorio adecuado¹⁸. Es claro que una multa insuficiente no disuadirá futuras violaciones pero, como mencionaremos más

¹⁵ *Remedies and sanctions in abuse of dominance cases*. Organisation for Economic Co-operation and Development. DAF/COMP(2006)19, <http://www.oecd.org/dataoecd/20/17/38623413.pdf>.

¹⁶ Ver el párrafo 102 de la STPI de 11 de julio de 2007, asunto T-170/06 - *Alrosa/Comisión*. Pendiente de publicación.

¹⁷ La sentencia hace referencia al art. 3 del Reglamento 17/62. En el actual Reglamento 1/2003, esta facultad se encuentra regulada en el art. 7.1, en el que se dice que la Comisión «podrá imponerles cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado y sea necesario para producir el cese efectivo de la misma» (cursiva añadida).

¹⁸ A este respecto, ver por ejemplo W. P. J. WILS, «Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice», *World Competition*, vol. 29, núm. 2, junio 2006, y N. CALVIÑO, *Public enforcement in the EU: deterrent effect and proportionality of fines*, [http://www.iue.it/RSCAS/research/Competition/2006\(pdf\)/200610-COMPed-Calvino.pdf](http://www.iue.it/RSCAS/research/Competition/2006(pdf)/200610-COMPed-Calvino.pdf).

adelante y analizarán más en profundidad Jorge PADILLA y Elena ZOIDO en la siguiente ponencia, también existe la posibilidad de que una multa sea excesivamente elevada.

Otro instrumento que puede utilizarse para suprimir el incentivo de las empresas a infringir y reforzar así el efecto disuasorio es el establecimiento de procedimientos específicos para obligar a la empresa a devolver el beneficio obtenido con la práctica prohibida (*disgorgement of profits*). Esta devolución del beneficio ilícito puede producirse tanto a instancia de la autoridad administrativa de la competencia, a través de las multas o por mecanismos específicos, como también mediante la aplicación privada del Derecho de la Competencia, con el pleno resarcimiento de los daños sufridos por los perjudicados por las conductas ilícitas.

A este respecto, en la mesa redonda de la OCDE sobre remedios, la mayoría de los Estados consideró que una compensación de daños justa debería guiarse por dos principios:

- Únicamente deberían compensarse los daños efectivamente sufridos por los perjudicados¹⁹.
- La indemnización debería reflejar tanto el daño sufrido como los costes y riesgos de litigio que deban entablarse para su obtención.

3. REMEDIOS Y SANCIONES

El conjunto de medidas que las autoridades públicas y los tribunales pueden adoptar para luchar contra las prácticas restrictivas de la competencia pueden encuadrarse en una de estas dos categorías: los remedios por un lado y las sanciones por otro²⁰.

A) Los remedios

Los remedios tienen por objeto obligar al infractor a cesar en su conducta ilícita, eliminar o corregir sus efectos y restaurar la competencia en el mercado.

Como ya hemos indicado, en la sentencia *Alrosa* el Tribunal de Primera Instancia recientemente ha confirmado que, para que un remedio respete el principio de proporcionalidad, no debe ir más allá de lo necesario para poner fin a la restricción de la competencia detectada, incluso

¹⁹ Este principio refleja la concepción europea de la compensación, opuesta al sistema norteamericano del *trebble damage*, al que considera fuente de litigios injustificados. Ver Documento de trabajo de la Comisión Europea *op. cit.*, núm. 10.

²⁰ Ver nota pie de página núm. 15.

en el supuesto de que dicho remedio haya sido propuesto como compromiso por la empresa supuestamente infractora²¹.

Tradicionalmente, los remedios se han encuadrado en dos categorías: de comportamiento y estructurales.

a) *Remedios de comportamiento*

Los remedios de comportamiento afectan a la conducta futura de la empresa sancionada, obligándole a hacer —remedio positivo— o a no hacer —remedio negativo— algo.

Por lo general, cualquier decisión de una autoridad de competencia o sentencia de juzgado de lo mercantil contendrá al menos una forma típica de remedio negativo: la orden de cesación de la conducta infractora (*cease and desist order*).

En la mayoría de los casos, esta orden obliga a la empresa a poner fin de forma inmediata a la conducta infractora, en la medida en que no lo hubiese hecho ya. Sin embargo, cuando la ejecución inmediata de la orden de cesación resulte muy difícil o fuese perjudicial para el mercado, o cuando viene acompañada de medidas positivas, la autoridad puede conceder un plazo para poner en práctica esa orden de cesación. Así por ejemplo, cuando en 1993 el Tribunal de Defensa de la Competencia consideró que la venta por la Liga Nacional de Fútbol Profesional de sus derechos televisivos se había realizado en condiciones restrictivas, estableció que la orden de cesación sólo fuese efectiva al finalizar la temporada siguiente²².

La imposición de remedios de comportamiento es relativamente frecuente en los casos de abuso de posición de dominio. Ello se debe, por una parte, a que las prácticas abusivas no se refieren normalmente a vínculos estructurales de las empresas dominantes —que generalmente implicarán una concentración y por ende quedarán sometidos a las normas sobre control de concentraciones— sino a comportamientos de la empresa dominante que se consideran abusivos. Además, incluso cuando los remedios de comportamiento imponen una obligación positiva, suelen ser menos controvertidos que los remedios estructurales. Ello no quiere decir, claro está, que los remedios de comportamiento no puedan también ser extraordinariamente controvertidos. Un ejemplo reciente sobradamente conocido son las obligaciones impuestas a *Microsoft* por la Comisión

²¹ Sentencia del TPI de 11 de julio de 2007, asunto T-170/06, *Alrosa c/ Comisión*. Pendiente de publicación.

²² Resolución de 10 de junio de 2003, expediente 319/92.

Europea²³, y en particular la de comercializar una versión del Windows sin Media Placer, un producto para el que la demanda ha sido prácticamente inexistente.

Los remedios de comportamiento presentan una ventaja importante a la hora de corregir restricciones de la competencia: pueden adaptarse a las circunstancias concretas de la(s) empresa(s) infractoras y del mercado. Sin embargo, este tipo de remedios también presenta determinados inconvenientes: suele ser necesario establecer mecanismos, a veces bastante complejos, para supervisar su cumplimiento; el caso *Microsoft* vuelve a ser un excelente ejemplo de esta dificultad. Además, las empresas pueden adoptar estrategias tendentes a neutralizar o a eludir los remedios impuestos. Por último, y en relación con los remedios en caso de abusos de posición de dominio, se suele señalar que los remedios de comportamiento no inciden sobre el que suele ser origen del problema: el poder de mercado de la empresa.

La vía de los compromisos *ex art. 9* del Reglamento 1/2003 (y de la terminación convencional de la LDC) resulta particularmente útil en aquellos casos en los que i) la mera orden de cesación no basta para resolver los problemas de competencia con los que se enfrenta la autoridad, sino que se necesitan remedios positivos, y ii) la supuesta restricción de la competencia no se corresponde con una infracción típica grave²⁴.

Desde el punto de vista de la autoridad de la competencia, la decisión de compromisos presenta algunas ventajas claras:

- Permite alcanzar, normalmente con mayor rapidez que a través de una decisión sancionadora, dos de los objetivos acción anti-trust antes descritos: i) poner fin a la supuesta infracción, mediante la eliminación de las prácticas supuestamente restrictivas, y ii) restablecer el grado de competencia a través de remedios positivos.
- La autoridad puede obtener compromisos incluso respecto de prácticas distintas o que van más allá de las que hasta ese momento han sido consideradas restrictivas²⁵, con un riesgo muy limitado

²³ Decisión de la Comisión Europea de 24 de mayo de 2006 relativa a un procedimiento con arreglo al art. 82 del Tratado CE y al art. 54 del Acuerdo EEE contra Microsoft Corporation (asunto COMP/C-3/37.792 - Microsoft). *DOCE* L 32, de 6 de febrero de 2007.

²⁴ En efecto, de acuerdo con el Considerando 13 del Reglamento 1/2003, la adopción de compromisos no es apropiada cuando la Comisión se disponga a imponer una multa, lo que excluye esta vía en caso por ejemplo de carteles. Ver *Commitment decisions (Art. 9 of Council Regulation 1/2003 providing for a modernised framework for antitrust scrutiny of company behaviour) Frequently asked questions and answers*. MEMO/04/217.

²⁵ Así por ejemplo, en el caso de los compromisos ofrecidos por Coca-Cola, la Comisión consiguió que ésta se comprometiese a no vincular la venta de distintos sabores de bebidas refres-

de que la empresa que ofrece tales compromisos plantee un recurso ante los Tribunales comunitarios²⁶.

- Además, el proceso de negociación que se entabla con la empresa supuestamente infractora y los comentarios del resto de las empresas afectadas que la Comisión Europea recibe a través del *market test* al que se somete la propuesta de compromisos, le permite ajustar los remedios positivos incorporados en los compromisos de forma que sean a la vez viables y útiles.

Desde el punto de vista de la empresa supuestamente infractora, la decisión de compromisos tiene al menos tres ventajas claras:

- Evita la adopción de una decisión sancionadora, que en la mayoría de los casos viene acompañada de la imposición de una multa.
- La decisión de compromisos expresamente evita pronunciarse acerca de si se ha producido o no una infracción²⁷, por lo que el riesgo de que sirva de base para una eventual demanda de daños y perjuicios es sensiblemente menor que si hubiese recaído una decisión sancionadora.
- Permite a la empresa supuestamente infractora conocer las prácticas comerciales que va a poder aplicar en el futuro sin riesgo a ser sancionada.

La vía de los compromisos presenta incluso ventajas para la empresa denunciante. En efecto, si bien no va a obtener una declaración administrativa de práctica prohibida que le facilite una futura reclamación de daños y perjuicios (que en ningún caso se ve, como tal, perjudicada por la adopción de compromisos), probablemente sí va a conseguir que la empresa denunciada ponga fin de forma más rápida a las supuestas prácticas restrictivas que le perjudican. Además, a través de sus comentarios con ocasión del *market test*, puede ayudar a perfilar cómo debe ser el comportamiento futuro del competidor para que no se vuelvan a producir prácticas supuestamente restrictivas.

Por todo ello, creemos que la vía de los compromisos resulta particularmente adecuada cuando conviene adoptar remedios de comportamiento.

cantes carbonatadas, pese a que la propia Comisión consideraba que todas ellas integraban un mismo mercado relevante, y sin que la Comisión tuviese que acreditar por qué cada una de esas bebidas otorgaba a Coca-Cola una supuesta posición de dominio.

²⁶ En este sentido, creemos que la anulación de los compromisos derivada de la Sentencia *Alrosa* (citada en núm. 21) es excepcional, por cuanto el recurso fue interpuesto por una empresa distinta de la que había ofrecido los compromisos, pero que estaba directa e individualmente afectada por los mismos.

²⁷ Ver Considerando 13 del Reglamento 1/2003.