

Estudios sobre la potestad sancionadora
en Derecho de la Competencia



JAVIER GUILLÉN CARAMÉS
MIGUEL CUERDO MIR
(Directores)

Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la Competencia

Autores

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR
MARÍA ÁLVAREZ SAN JOSÉ
GUILLERMO ARANZABE PABLOS
MARCOS ARAUJO
RAFAEL BAENA ZAPATERO
JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN
HELMUT BROKELMANN
MARÍA PILAR CANEDO
TOMÁS CANO CAMPOS
MANUEL CONTRERAS
FERNANDO DÍEZ ESTELLA
CLARA ESTRADA MERAYO

JAVIER GUILLÉN CARAMÉS
JOAQUIM HORTALÀ I VALLVÉ
MARIA ANTONIA LABRADOR
JERÓNIMO MAILLO
FRANCISCO MARCOS
PALOMA MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO
PILAR NAVARRO RODRÍGUEZ
JULIA ORTEGA BERNARDO
MANUEL REBOLLO PUIG
ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS
SANTIAGO SOLDEVILA FRAGOSO
JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA

JORGE VIERA

Prólogo

JOSÉ MARÍA MARÍN QUEMADA



CIVITAS



THOMSON REUTERS

Primera edición, 2015

Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación "La potestad sancionadora de los organismos reguladores", financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad (DER2011-22549), así como dentro de la actividad de investigación que realiza el Grupo de Excelencia "Derecho y Política Económica" en la Universidad Rey Juan Carlos, financiado por el Banco de Santander (30VCPIG119).

El editor no se hace responsable de las opiniones recogidas, comentarios y manifestaciones vertidas por los autores. La presente obra recoge exclusivamente la opinión de sus autores como manifestación de su derecho de libertad de expresión.

La Editorial se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de esta obra o partes de ella sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70/93 272 04 45).

Por tanto, este libro no podrá ser reproducido total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrónicos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos o cualquier otro medio, quedando prohibidos su préstamo, alquiler o cualquier otra forma de cesión de uso del ejemplar, sin el permiso previo, por escrito, del titular o titulares del copyright.

Thomson Reuters y el logotipo de Thomson Reuters son marcas de Thomson Reuters

Aranzadi es una marca de Thomson Reuters (Legal) Limited

© 2015 [Thomson Reuters (Legal) Limited / Javier Guillén Caramés y Miguel Cuervo Mir (Dirs.)]

Editorial Aranzadi, SA

Camino de Galar, 15

31190 Cizur Menor (Navarra)

ISBN: 978-84-470-4927-1

Depósito Legal: NA 1678/2015

Printed in Spain. Impreso en España

Fotocomposición: Editorial Aranzadi, SA

Impresión: Rodona Industria Gráfica, SL

Polígono Agustinos, calle A, nave D-11

31013 Pamplona

Índice general

	<u>Página</u>
Prólogo	21
JOSÉ MARÍA MARÍN QUEMADA	
Presentación	25
MIGUEL CUERDO MIR / JAVIER GUILLÉN CARAMÉS	

CAPÍTULO 1

LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO SANCIONADOR DE COMPETENCIA

1

RÉGIMEN SANCIONADOR: PECULIARIDADES EN EL ÁMBITO DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y UNA REFLEXIÓN GENERAL	31
---	----

JOSÉ EUGENIO SORIANO GARCÍA

I. Planteamiento general y consideraciones globales	31
II. Necesidad de un derecho sancionador en el ámbito concurrencial	41
III. Algunas notas peculiares, examinadas con carácter genérico. Autori- zaciones: remisión “<i>ut supra</i>”	53

2

EJECUTIVIDAD, EJECUCIÓN Y PRESCRIPCIÓN DE LAS SANCIONES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA	59
--	----

TOMÁS CANO CAMPOS

I. Introducción	59
II. La prescripción en el Derecho sancionador: objeto y efectos	60
III. El fundamento de la prescripción	63

	<u>Página</u>
IV. El problema del <i>dies a quo</i> del plazo de prescripción: ¿firmeza en vía judicial o en vía administrativa?	66
V. La relación entre ejecutividad y prescripción: el plazo de prescripción comienza a correr cuando la sanción se puede ejecutar	68
VI. Pero, ¿cuándo son ejecutivas las sanciones administrativas?: fin de la vía administrativa y firmeza en vía administrativa	73
VII. La jurisprudencia sobre la ejecutividad de las sanciones: fundamento y problemas que genera	77
3	
ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO PRESUPUESTO PARA CALCULAR LAS SANCIONES EN DERECHO DE COMPETENCIA	83
MARÍA PILAR CANEDO	
I. El concepto de proporcionalidad	83
II. Elementos constitutivos del principio de proporcionalidad	88
III. Presupuestos del principio de proporcionalidad	90
1. <i>Presupuesto formal</i>	90
2. <i>Presupuesto material</i>	94
3. <i>Presupuesto subjetivo</i>	96
3.1. Requisito extrínseco subjetivo de judicialidad	96
3.2. La exigencia de motivación	97
IV. Requisitos intrínsecos del principio de proporcionalidad en sentido amplio	99
1. <i>El subprincipio de idoneidad o prohibición del exceso</i>	100
2. <i>El subprincipio de necesidad o intervención mínima</i>	101
3. <i>El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto</i>	103
V. El control del principio de proporcionalidad en las medidas restrictivas de derechos	105
1. <i>El control del principio de proporcionalidad en la aplicación de la norma</i>	105
2. <i>El principio de proporcionalidad y la norma habilitante</i>	112

4		
	EXCEPCIONES AL DERECHO DE LA COMPETENCIA DERIVADAS DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA REALIZADA AL AMPARO DE UNA AUTORIZACIÓN LEGAL: REFERENCIAS AL SUPUESTO DE LA ACTIVIDAD PROFESIONAL DESARROLLADA POR PROFESORES UNIVERSITARIOS SOBRE LA BASE DE LA LEGISLACIÓN UNIVERSITARIA	119
	JULIA ORTEGA BERNARDO	
I.	La actividad de las Administraciones Públicas sometida al Derecho de la Competencia	120
II.	El alcance del control jurídico-administrativo que desarrollan las autoridades de defensa de la competencia y los tribunales contencioso-administrativos sobre la actividad administrativa	122
III.	Fundamento de las excepciones de la aplicación de las normas de defensa de la competencia a las organizaciones jurídico-públicas	126
	1. <i>Requisitos jurídico-formales</i>	127
	2. <i>Requisitos jurídico-materiales</i>	128
IV.	Referencias al supuesto de las actividades externas de carácter científico, técnico o artístico que los profesores universitarios realizan	130
	1. <i>Posible aplicación del derecho de defensa de la competencia</i>	130
	2. <i>Fundamento de la excepción del Derecho de la Competencia en este caso</i>	133

CAPÍTULO 2

LA CULPABILIDAD Y EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD

1		
	LA RELEVANCIA DEL ERROR DE PROHIBICIÓN EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	139
	MARCOS ARAUJO / MARIA ANTONIA LABRADOR	
I.	Introducción	140
II.	El carácter abierto de los tipos	141
	1. <i>El origen histórico de las disposiciones</i>	142
	2. <i>Otras razones de la vaguedad de las disposiciones</i>	144
	3. <i>La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos</i>	146
III.	El error de prohibición y su tratamiento en la práctica	148
	1. <i>Consideraciones generales sobre el error de prohibición</i>	148

	<u>Página</u>
2. <i>Error de prohibición en situaciones novedosas</i>	150
3. <i>Error de prohibición por legislación confusa</i>	152
4. <i>Error de prohibición en un contexto de intervención administrativa</i>	154
5. <i>Error de prohibición con intervención de expertos juristas</i>	158
IV. Observaciones finales	162
2	
SUCESIÓN EMPRESARIAL Y RESPONSABILIDAD POR INFRACCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	163
MARÍA ÁLVAREZ SAN JOSÉ / JOAQUIM HORTALÀ I VALLVÉ	
I. Introducción	163
II. La responsabilidad personal como regla. La continuidad económica como consecuencia	165
III. Excepciones parciales a los principios de responsabilidad personal y continuidad económica	171
IV. Superposición del principio de responsabilidad por sucesión empresarial sobre el principio de responsabilidad matriz-filial	174
V. La responsabilidad del sucesor en el Derecho Comparado: algunos ejemplos	177
VI. El tratamiento de la cuestión por la Autoridad española de la competencia y la jurisdicción contenciosa	181
VII. Cuestión abierta: la sucesión en la responsabilidad derivada de acciones de daños por infracciones del Derecho de la Competencia	186
VIII. Conclusiones	188
3	
LOS PROGRAMAS DE CUMPLIMIENTO NORMATIVO COMO CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE LAS SANCIONES DERIVADAS DE ILÍCITOS ANTITRUST	191
JORGE VIERA / MANUEL CONTRERAS	
I. Introducción: los programas de cumplimiento normativo como expresión del Buen Gobierno de las Sociedades Mercantiles y su repercusión en la reputación corporativa de las empresas	192
II. El principio de legalidad en relación con las causas atenuantes de la responsabilidad de las personas jurídicas por la realización de ilícitos de competencia	196

	<u>Página</u>
III. La restrictiva posición de las autoridades españolas y comunitarias de competencia en relación con los programas de cumplimiento normativo como circunstancia atenuante	200
1. <i>La indiferencia de la Autoridad de competencia en España frente a los programas de cumplimiento normativo</i>	200
2. <i>El cambio de criterio de la Comisión Europea y de los Tribunales comunitarios</i>	201
IV. La posición más flexible de algunas de las principales autoridades de competencia de la UE en relación con los PDC como circunstancia atenuante	204
V. La implementación de un programa de cumplimiento normativo como circunstancia atenuante de la responsabilidad por ilícitos <i>antitrust</i> tras la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal	208
VI. A modo de conclusión: los argumentos que justifican la necesidad de que la CNMC revise su posición respecto a los programas de cumplimiento normativo	213

CAPÍTULO 3

LA CONDONACIÓN, REDUCCIÓN Y CUANTIFICACIÓN DE LAS SANCIONES

1	
EVALUACIÓN Y RETOS DEL PROGRAMA DE CLEMENCIA ESPAÑOL	219
JERÓNIMO MAILLO	
I. Introducción	219
II. La evaluación del diseño y aplicación del programa de clemencia español	221
1. <i>Una primera aproximación global a su aplicación</i>	221
2. <i>Análisis de sus rasgos principales y de su funcionamiento</i>	224
2.1. Triple nivel normativo	225
2.2. Sólo para “cárteles”	226
2.3. Sólo clemencia administrativa	228
2.4. Tanto para empresas como para sus directivos	230
2.5. Exención o/y reducción condicionadas al respeto de los principios orientadores del programa	231
III. Conclusiones y retos	241

2		
	PROBLEMAS PRÁCTICOS EN LA APLICACIÓN DE LOS PROGRAMAS DE CLEMENCIA Y EN LA CUANTIFICACIÓN DE LAS SANCIONES	247
	HELMUT BROKELMANN/ PALOMA MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO	
	I. Problemas prácticos en la aplicación de los programas de clemencia	247
	1. <i>Ausencia de ventanilla única en los programas de clemencia y procedimientos paralelos</i>	247
	2. <i>La determinación de la posición que corresponde a cada solicitante de clemencia en relación con las horquillas de reducción de la sanción previstas en el artículo 66.2 LDC</i>	251
	3. <i>La interpretación y aplicación de la exención o inmunidad parcial establecida en el artículo 66.3 LDC</i>	253
	II. Cuestiones de actualidad en relación con la cuantificación de las sanciones	255
3		
	LAS ACCIONES DE DAÑOS DERIVADAS DE ILÍCITOS ANTICOMPETITIVOS EN ESPAÑA: ANÁLISIS DE JURISPRUDENCIA RECIENTE	261
	FERNANDO DÍEZ ESTELLA / CLARA ESTRADA MERAYO	
	I. Introducción	261
	II. Complementariedad de la aplicación pública y privada del Derecho antitrust	263
	III. Análisis de jurisprudencia reciente: la Sentencia MUSAAT	271
	IV. Conclusiones	279

CAPÍTULO 4

DERECHO SANCIONADOR Y PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1		
	INSPECCIONES Y PROTECCIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL DERECHO DE LA COMPETENCIA	285
	JAVIER GUILLÉN CARAMÉS	
	I. Introducción	286
	II. Ámbito subjetivo sobre el que recae la inspección: aspectos generales	287

ÍNDICE GENERAL

	<u>Página</u>
1. <i>La sujeción a la actuación inspectora</i>	287
2. <i>La Administración Pública como sujeto pasivo de la inspección en Derecho de la Competencia</i>	288
3. <i>Sujetos directamente obligados a soportar la inspección</i>	293
III. Actuaciones inspectoras y protección de Derechos Fundamentales	294
1. <i>Ejercicio del derecho de defensa y la confidencialidad de determinados documentos objeto de la inspección</i>	296
1.1. <i>La delimitación del derecho a la confidencialidad</i>	299
1.2. <i>La prohibición de la utilización de la información para fines distintos a los establecidos en la legislación de competencia</i>	302
1.3. <i>El derecho a la confidencialidad en las relaciones entre abogado y su cliente</i>	306
1.3.1. <i>Comunicaciones que se encuentran amparadas bajo la confidencialidad</i>	308
1.3.2. <i>La inexistencia de un vínculo salarial entre empresa y abogado</i>	309
1.3.3. <i>La necesidad de garantizar el derecho de defensa de los sujetos inspeccionados</i>	311
2. <i>El Derecho a la inviolabilidad del domicilio</i>	313
2.1. <i>La compleja configuración del derecho a la inviolabilidad del domicilio como principio general del derecho en el ámbito comunitario</i>	314
2.2. <i>Delimitación del concepto de domicilio de las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico nacional</i>	318
2.3. <i>El alcance del derecho a la inviolabilidad del domicilio en las personas jurídicas</i>	320
2.4. <i>La problemática en la inspección en el Derecho de Competencia: la delimitación de la orden de inspección y del auto judicial</i>	323
3. <i>El Derecho a no declarar contra sí mismo frente al deber de colaboración y entrega de documentos por parte de las empresas sometidas a la inspección</i>	325
3.1. <i>El estándar europeo: la interpretación del TEDH</i>	326
3.2. <i>El Derecho comunitario</i>	327
3.3. <i>El Derecho nacional: la interpretación efectuada por el TC</i>	331

2

DERECHOS FUNDAMENTALES, DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR E INFRACCIONES POR OBJETO	335
---	------------

RAFAEL BAENA ZAPATERO

I. Introducción	335
II. Concepto de infracción por objeto	336
III. Derechos Fundamentales, Derecho Administrativo sancionador y Derecho de la Competencia	345
IV. Principio de legalidad y restricciones de la competencia por objeto	349
V. Presunción de inocencia y restricciones de la competencia por objeto	354
VI. El ejemplo de los intercambios de información estratégica	358
VII. Conclusiones	362

3

LA INDEFENSIÓN MATERIAL Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL ART. 24.2 CE EN EL DERECHO SANCIONADOR DE LA COMPETENCIA	363
---	------------

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

I. Los Derechos Fundamentales y los vicios formales en las sanciones de competencia	364
II. La teoría general de la relevancia invalidante de los vicios formales	367
III. La especial relevancia de los vicios en el procedimiento sancionador	371
IV. La jurisprudencia sobre la indefensión material como condición indispensable para darle relevancia invalidante a los vicios formales y entender vulnerados los derechos del art. 24.2 CE	374
V. La indefensión material se asimila a la existencia de un vicio formal con relevancia exculpatoria	377
VI. La indefensión material padecida ha de probarla el sancionado cuando recurra su sanción	380
VII. Crítica y posible solución alternativa	381
VIII. Conclusión: la necesidad de revisar la jurisprudencia actual sobre la indefensión material	384

	<u>Página</u>
4	
EN CONTRA DEL RECONOCIMIENTO DE “DERECHOS HUMANOS CORPORATIVOS” EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	387
FRANCISCO MARCOS / ALBERT SÁNCHEZ GRAELLS	
I. Introducción	388
II. La extensión acrítica de los Derechos Humanos a las personas jurídicas	390
III. El Derecho al debido proceso en los procedimientos penales	392
IV. Bases para una revisión del Derecho al debido proceso de las personas jurídicas en los procedimientos sancionadores de defensa de la competencia	394
1. <i>Singularidades de las personas jurídicas</i>	<i>394</i>
2. <i>Particularidades del procedimiento sancionador antitrust</i>	<i>395</i>
V. Hacia un procedimiento <i>antitrust</i> justo, transparente y predecible	396
VI. Conclusiones	400
VII. Referencias bibliográficas	401

CAPÍTULO 5

EL CONTROL JUDICIAL DE LAS RESOLUCIONES SANCIONADORAS DE LA CNMC

1	
CONTROL JUDICIAL DEL NO EJERCICIO DE LA POTESTAD SANCIONADORA	407
MANUEL REBOLLO PUIG	
I. Planteamiento	408
1. <i>Las tres cuestiones que se abordarán</i>	<i>408</i>
2. <i>El marco general de estas cuestiones y el específico de los distintos sectores</i>	<i>409</i>
II. ¿Está la Administración obligada a perseguir y sancionar las infracciones que conozca? ¿Lo están las autoridades de defensa de la competencia?	410
1. <i>Las respuestas de la doctrina y de la jurisprudencia</i>	<i>410</i>

	<u>Página</u>
2. <i>El punto de partida del carácter obligado y reglado y el rechazo de una amplia discrecionalidad</i>	413
3. <i>La posible –y hasta conveniente– admisión por ley de ciertos márgenes de discrecionalidad y sus límites</i>	417
4. <i>La situación en la defensa de la competencia: reconocimiento de reducidos márgenes de discrecionalidad y posibilidad de control judicial</i>	421
III. La legitimación para recurrir ante la jurisdicción contencioso-administrativa el no ejercicio de la potestad sancionadora	427
1. <i>La tendencia general de la jurisprudencia y su proclividad a admitir la legitimación en materia de defensa de la competencia</i>	427
2. <i>Legitimación por interés legítimo individual en la imposición de la sanción</i>	434
3. <i>Legitimación por interés legítimo supraindividual en la imposición de la sanción</i>	440
4. <i>Aclaraciones complementarias; en especial, la irrelevancia de la condición de denunciante para la legitimación procesal</i>	450
5. <i>Cuestiones conexas: otros supuestos de legitimación procesal y legitimación en vía administrativa</i>	453
IV. El objeto del recurso contencioso-administrativo por no ejercicio de la potestad sancionadora y el posible contenido de las sentencias estimatorias	457
1. <i>La actividad administrativa impugnable</i>	457
2. <i>Las pretensiones posibles y el contenido de las sentencias estimatorias</i>	459
2	
LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA EN LAS SANCIONES DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA	467
JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN	
I. Presentación	467
II. Precisiones sobre la discrecionalidad	468
III. Discrecionalidad y potestad sancionadora	469
1. <i>La perspectiva del Derecho español. Revisión in melius, prohibición in peius</i>	469
2. <i>La perspectiva del TEDH. El artículo 6 del Convenio</i>	473

	<u>Página</u>
IV. Discrecionalidad en las sanciones de competencia y control jurisdiccional	474
1. <i>Discrecionalidad en la incoación</i>	474
2. <i>Discrecionalidad en la tramitación</i>	475
3. <i>Discrecionalidad en la imposición de sanciones. El diferente estándar del Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia</i>	476
3	
LAS MULTAS DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y DE LA COMPETENCIA FRENTE A CUATRO JURISDICCIONES	487
SANTIAGO SOLDEVILA FRAGOSO	
I. Introducción	487
II. Un título sintomático	488
III. Las medidas cautelares	489
1. <i>Aspectos generales de la cuestión en nuestro derecho interno</i>	489
2. <i>Planteamiento de la cuestión en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>	492
3. <i>La recepción de esta doctrina por la Audiencia Nacional</i>	496
IV. Las multas coercitivas	499
1. <i>Aspectos generales</i>	499
2. <i>La regulación española específica en materia de Derecho de la Competencia</i>	499
3. <i>Tratamiento en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</i>	500
4. <i>La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional</i>	501
5. <i>La recepción en la Audiencia Nacional</i>	502
4	
DEFICIENCIAS DE LA NORMATIVA PROCEDIMENTAL EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA	505
GUILLERMO ARANZABE PABLOS	
I. Introducción	505
II. Procedimiento de adopción de medidas cautelares	506

	<u>Página</u>
1. <i>Obligatoriedad de adoptar las medidas cautelares en el seno de un expediente sancionador</i>	506
2. <i>Inexistencia legal de las denominadas medidas cautelarísimas</i>	509
III. Terminación convencional del procedimiento en caso de existir una pluralidad de presuntos infractores	510
1. <i>Consideraciones generales</i>	510
2. <i>Pluralidad de presuntos infractores, pero no todos solicitantes del inicio de actuaciones para la terminación convencional del procedimiento sancionador</i>	512
3. <i>Pluralidad de presuntos infractores y rechazo por parte de alguno de ellos a solicitar el inicio de actuaciones para terminación convencional del procedimiento sancionador</i>	513
IV. Conclusión	515
5	
EL RÉGIMEN DE REVISIÓN DE ACTOS DE LA CNMC	517
PILAR NAVARRO RODRÍGUEZ	
I. La impugnación de la actuación de la CNMC	518
1. <i>Órgano Competente</i>	519
2. <i>Elementos Personales</i>	519
3. <i>Elementos Objetivos</i>	520
II. Control judicial de las decisiones de la CNMC (o más bien del Gobierno)	521
III. Conclusiones	526