

# **Los mecanismos alternativos y sustitutivos de las sanciones: los acuerdos de compromisos en el ámbito del Derecho de defensa de la competencia.**

## Indice.

1.Planteamiento.....	1
2. Objetivos, fundamento y ámbito de aplicación. ....	2
3. Impacto de la doctrina jurisprudencial (STJUE) que declara que las decisiones de compromisos no vinculan a otros poderes públicos. ....	6
4. Distinción con otros instrumentos o remedios bilaterales en el ámbito del Derecho de la competencia.....	7
A.    Los procedimientos de transacción o settlements. ....	8
B.    Los procedimientos de terminación convencional. ....	9
C.    Los programas de clemencia. ....	10
5.    Control judicial. ....	11
6. Reflexiones finales.....	14
7. BIBLIOGRAFÍA. ....	15

Julia Ortega Bernardo. Prof. Titular Derecho Administrativo.UAM.

## 1.Planteamiento.

Como es conocido, los últimos avances en el campo de Defensa de la competencia han tenido como objetivo dotar a las Autoridades de competencia de los Estados miembros de instrumentos jurídicos que les permitan aplicar con más eficacia las normas sobre competencia y garantizar así el correcto funcionamiento del mercado interior.

En el marco jurídico vigente las Autoridades nacionales - los organismos públicos de cada Estado miembro – aplican, junto al Derecho europeo secundario, su propio ordenamiento en materia de procedimiento administrativo, y con ello sus propias normas de conducta sobre tramitación, garantías jurídicas y plazos procedimentales.

---

Entre las medidas europeas, introducidas en el procedimiento administrativo de toma de decisiones, se encuentra desde hace tiempo la regulación europea de decisiones negociadoras entre Administración y operadores económicos para solucionar los problemas que causan las prácticas restrictivas de la competencia producidas por éstos últimos.

Tales decisiones dan lugar a compromisos, que sirven para eliminar ágil y eficazmente las restricciones a la libre competencia, al tiempo que se dirigen a modificar el comportamiento de las empresas en el mercado o incluso a realizar cambios estructurales en ellas.

Este tipo de acuerdos, utilizados frecuentemente a nivel europeo por la Comisión, han sido discutidos en la medida que pueden poner en riesgo determinados principios del Estado de Derecho. En este punto, no puede ignorarse que este tipo de pactos, que obedecen a un enfoque claramente pragmático, parecen poner en cuestión de alguna forma los cimientos, aparentemente más sólidos de lo que en realidad son, del principio de legalidad sancionadora. Como es lógico para proceder a la aplicación de tales procedimientos, una norma previa a nivel nacional ha de reconocer un gran margen de discrecionalidad a las Autoridades de la competencia para decidir, en un caso concreto de infracción de las normas de defensa la competencia, si se imponen sanciones o se llegan a meros acuerdos. Con qué alcance y requisitos puede acudir a este tipo de acuerdos requiere un análisis de esta figura de forma individualizada. Ello comporta tres cosas: Primero, (I) estudiar los objetivos específicos y el fundamento de la regulación europea de este tipo de acuerdos. En segundo lugar (II), conviene aclarar si existen precedentes y previsiones de este tipo de mecanismos en nuestro derecho, y distinguirlos de otros procedimientos diversos pero que presentan ciertas características similares. Por último (III), sería necesario indagar sobre las consecuencias de este tipo de soluciones y ponerlas asimismo en el contexto de las actuales teorías sobre el control del ejercicio de la discrecionalidad de la Administración.

## 2. Objetivos, fundamento y ámbito de aplicación.

En el ordenamiento español no está prevista con carácter general en la legislación administrativa la posibilidad de incoar un expediente sancionador sin que se adopte la correspondiente sanción salvo que no se reconozca culpabilidad. No cabe la absolución

contra la legalidad. Sí está prevista la reducción de la sanción en los casos de reconocimiento de responsabilidad y de pago voluntario con carácter general en el art. 85 LPAC. Asimismo, en la legislación de Defensa de competencia, está previsto que se reconozca la culpabilidad, pero se resuelva sin sanción en dos supuestos: En el caso de que se realice una petición de clemencia y se acepte ésta (art. 64 LDC), o cuando se tramita y resuelve un procedimiento de terminación convencional conforme a la dicción literal del art. 52 LDC.

Por su parte, en el Derecho europeo, se reguló (art. 9 Reglamento 1/2003) un supuesto de decisión de compromisos en el que desde entonces se permite a la Comisión Europea llegar acuerdos con los infractores sin necesidad de declarar la infracción de las normas de defensa competencia. Los artículos 23 y 24 del Reglamento 1/2003 CE prevén adicionalmente la competencia de la Comisión para la ulterior posterior de sanciones llegado el caso, esto es, si no se hubieran cumplido en el supuesto concreto los compromisos acordados con arreglo al artículo 9. El artículo 30 del referido Reglamento exige la publicación de dichos compromisos. Aunque el art. 5 Reglamento 1/2003 ha servido de base para que numerosos Estados Miembros pudieran atribuir esta misma competencia a sus Autoridades Nacionales, lo cierto es que realmente ha sido, el art. 12 de la Directiva 2019/1 E+<sup>1</sup> el que ha extendido esa competencia a las Autoridades de la Competencia de los Estados Miembros<sup>2</sup>.

Los acuerdos de compromiso implican una decisión que comporta primariamente el cese de las conductas tipificadas como anticompetitivas en los artículos 101 y 102 del TFUE. Se trata de una situación en la que un sujeto económico que ha realizado supuestas prácticas anticompetitivas no se le considere infractor gracias a la propuesta de decisiones de compromisos o acuerdos negociados que él ofrece y que la Autoridad acepta. Al mismo tiempo, con el acuerdo de compromisos se busca reponer la situación alterada, restaurar las condiciones de competencia que existían en el mercado antes de que fueran puestas

---

<sup>1</sup> Como es conocido, el contenido de la Directiva (UE) 2019/1, ECN+, de 11 de diciembre de 2018, transpuesta al ordenamiento español a través del R.D.-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, entre otros objetivos, , tenía como finalidad esencial dotar a las Autoridades de competencia de los Estados miembros (por sus siglas en inglés ECN) de medios para aplicar con más eficacia las normas sobre competencia, y reforzar así el correcto funcionamiento del mercado interior. . . <sup>1</sup>.

<sup>2</sup> Sobre ello *Vid.* GHEZZI, F., MARCHETTI, B. (2017) “La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie” *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5, 1 p. 1015.

---

en peligro o dañadas por las conductas anticompetitivas. Se persigue evitar en un futuro conductas que asimismo pudieran falsear la competencia. Es claro que así se logra cambiar los comportamientos empresariales con el fin de hacer cesar las restricciones la competencia. Pero ello implica previamente colaborar con la Administración, facilitar y posibilitar el cumplimiento de sus fines.

El Derecho europeo de Defensa de la Competencia permite a los Estados Miembros un alto grado de flexibilidad para el diseño de sus regímenes de aplicación. Esto es así desde que se descentralizó el Derecho europeo de la competencia con el Reglamento 1/2003, y se asignó la aplicación de las normas europeas de la competencia (arts. 101 y 102 TFUE), como derecho sustantivo, a las Autoridades de los propios Estados a través de un sistema de reparto de competencias alternativo y dual entre la Comisión y ellas. Desde aquel momento, se les concedió, conforme al principio de subsidiariedad del art. 5 TFUE, un amplio espacio para decidir en esta materia sus propias pautas de procedimiento y sus estructuras organizativas. Justamente lo que posteriormente se ha buscado en este ámbito, en concreto con la Directiva 1/2019, es tratar de lograr una mayor uniformización y reducir con ello, en parte, ese margen de libertad que han disfrutado los Estados miembros para determinar sus propios cauces procedimentales en este ámbito. Además de dotarles de instrumentos más eficaces.

Por lo que respecta señaladamente a los acuerdos de compromisos. Su uso se fomenta a partir de la Directiva 1/2019 con dos claras consecuencias. En primer lugar, se evita formalmente la tramitación de un procedimiento sancionador y, con ello, la posible imposición de una significativa sanción pecuniaria. Por otro lado, la decisión que pone fin al procedimiento es una decisión que convierte en vinculantes los compromisos alcanzados con las empresas que deben servir para eliminar ágil y eficazmente las restricciones a la libre competencia. Por ello, su contenido va normalmente dirigido a modificar el comportamiento de las empresas en el mercado o incluso a realizar cambios estructurales en ellas. Desde la perspectiva de los intereses generales se trata de un mecanismo idóneo para garantizar un cumplimiento eficaz de las normas de la competencia. (Así lo señalaba a la sentencia del TJUE 29 de junio de 2010, Comisión/Alrosa, C-441/07, EU:C:2010:377, apartado 35). Se trata de un instrumento propio de una cultura jurídica que, a nivel internacional y global, aboga por el

entendimiento, los acuerdos y el consenso en la toma de decisiones referidas al Derecho, también en el ámbito de defensa de la competencia<sup>3</sup>.

En síntesis, el objetivo fundamental de estos procedimientos de compromisos es compeler a las empresas a obedecer el Derecho, de manera que quede garantizado el interés general del buen funcionamiento del mercado, en régimen de libre competencia. Se busca hacer cumplir las reglas de la competencia lo antes posible, y ahorrarse el coste de tiempo y recursos (e incluso litigios) que, para las dos partes - poder público y sujetos afectados -, comporta la tramitación de un procedimiento sancionador y su ulterior terminación, normalmente, con resolución sancionadora.

La introducción de esta nueva clase de procedimiento de negociación o de transacción implica a todas luces un nuevo reto para las Autoridades de Defensa de la Competencia. La asignación de la aplicación de este nuevo mecanismo, con las consecuencias que lleva aparejadas, a las Administraciones nacionales comporta en todo caso un nuevo y mayor margen de decisión, en definitiva, se trataría de la configuración de un nuevo ámbito de discrecionalidad administrativa. Las previsiones al respecto de este nuevo mecanismo en la Directiva ENC+ suponen avanzar en el mismo sentido de la evolución latente en todos los ámbitos, y también en el Derecho de defensa de la competencia. La inclusión de un procedimiento de transacción conduce a un Derecho de defensa de la competencia, en el que igualmente rige el principio de legalidad, pero que resulta más flexible. Este nuevo mecanismo de transacción incorpora una concepción más propia de un Derecho de competencia de naturaleza quasi-reguladora, que se aproxima a las estructuras propias de la regulación administrativa<sup>4</sup>. Todo ello planteaba, en el momento de la transposición, interrogantes en relación con las posibilidades de su diseño normativo, con respecto a sus

---

<sup>3</sup> En este sentido CACHAFEIRO, F. (2017) ve analogía entre este procedimiento y los empleados en el Derecho de USA.

<sup>4</sup> En esta línea, se ha dicho que se trataba de un mecanismo de decisión que cumplía una función de naturaleza reguladora, al ordenar conductas económicas, (así DUNNE, N 2014). Ello implica riesgos desde la perspectiva del principio democrático, por cuanto los efectos reguladores de las conductas privadas son decididos caso por caso y son adoptados, además, por organismos expertos de carácter ejecutivo. Incluso pueden resultar poco transparentes o poco respetuosos con el principio de libertad: dado que se trata de negociaciones *bis a bis* en las que no se puede verificar si las medidas propuestas, adoptadas y asumidas por las propias empresas respetan el principio de proporcionalidad sobre el ejercicio de sus derechos subjetivos. Se trata de además de decisiones que en cierta medida ponen en riesgo la seguridad jurídica – no se sabe con certeza el resultado que, en cada caso y con independencia se va a alcanzar -. Aunque en estos supuestos relacionados con infracciones de la legalidad no rige el principio de igualdad, ni, por tanto, vincula el precedente seguido en supuestos análogos. Además, puede provocar tomas de postura incoherentes por parte de las Autoridades desde una perspectiva estrictamente económica, así ocurrirá si las decisiones se adoptan para cada caso controvertido de forma individualizada, aislada y asistemática.

---

teóricos y eventuales problemas de aplicación y sobre su ulterior control jurisdiccional. Nada de ello ha resultado incorporado en la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico<sup>5</sup>.

### 3. Impacto de la doctrina jurisprudencial (STJUE) que declara que las decisiones de compromisos no vinculan a otros poderes públicos.

Las consecuencias de las decisiones de compromiso se han visto de todas formas limitadas por la jurisprudencia del TJUE. Así, el *TJUE en su sentencia de 23 de noviembre de 2017, C-547/16, Gasorba et Alabama. v. Repsol*, declaró que la adopción de una decisión de compromiso no impide que posteriormente las Autoridades de la competencia nacionales o los tribunales nacionales examinen si las prácticas realizadas por los operadores cumplen con las normas de la competencia. Se refiere a las conductas restrictivas sobre las que se han celebrado acuerdos y transacciones y se han adquirido compromisos con la Comisión europea sobre la base del art. 9 del Reglamento 1/2003. Asimismo, también afirmó el TJUE en esta sentencia que los tribunales nacionales pueden incluso valorar las decisiones de compromiso como un indicio de que se ha producido una infracción de tales normas de la competencia. De ello se derivaría asimismo que el negocio jurídico restrictivo de la competencia puede declararse posteriormente nulo, a pesar de que la Autoridad de la Competencia hubiera aceptado previamente compromisos relacionados con ese acuerdo y los hubiera convertido en vinculantes. Todo ello conduce a que las acciones de daños que se interpongan frente a las conductas restrictivas de la competencia que se hayan reconducido finalmente mediante una decisión de compromisos no presentan ya los inconvenientes que tienen, por ejemplo, las acciones que se interponen frente a actuaciones restrictivas de la competencia en las que se carece absolutamente de precedente administrativo antes de la reclamación en vía judicial. .

Esta doctrina del TJUE resulta muy significativa. En primer lugar, claramente comporta que los procedimientos de compromiso resultan ser una alternativa menos atractiva para

---

<sup>5</sup> Tampoco el procedimiento de transacción, que sí estaba previsto en el Anteproyecto, crítico con todo ello y con la reforma de la LDC, COSTAS COMESAÑA, J. (2021) “La transposición de la Directiva ECN+: otra oportunidad perdida para mejorar la eficacia del Derecho español de la competencia”, en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. OLMEDO PERALTA, E. “Estudios de la red académica de Defensa de la Competencia”, Aranzadi.

los operadores económicos que se encuentren en una situación susceptible de reconducirse a ellos.

Desde el punto de vista institucional, hay que poner de manifiesto el significado de esta decisión. Para ello hay que tener en cuenta que el Derecho europeo (el propio Reglamento 1/2003 en su art. 16) obliga a los órganos jurisdiccionales a no adoptar resoluciones susceptibles de entrar en conflicto con una decisión previa adoptada por la Comisión. La misma obligación incumbe (conforme a lo previsto en el apartado 2 del art. 16 con respecto a las Autoridades de la competencia de los Estados miembros). Pues bien, se entiende que esa obligación viene configurada como una regla con excepciones o bien, ha de interpretarse como un principio y no como una regla. Se trataría de un deber de compatibilidad y de coherencia de sus resoluciones y decisiones de carácter relativo, de modo que, solamente en la medida de lo posible, han de ser congruentes con lo decidido por la Comisión. Un límite a esta congruencia es la protección de los derechos y legítimos intereses de terceros afectados por la decisión. De modo que cuando éstos resultan afectados y hayan de ser tutelados, tal obligación cede para dejar paso a su protección<sup>6</sup>.

#### 4. Distinción con otros instrumentos o remedios bilaterales en el ámbito del Derecho de la competencia.

Junto a los acuerdos de compromisos, nos encontramos con otro tipo de remedios distintos a ellos, pero que presentan ciertas similitudes. Se trata de los procedimientos de transacción o *settlements*, de las terminaciones convencionales y de los procedimientos de clemencia. Todos ellos presentan una clara y neta diferencia con los procedimientos que dan lugar a la decisión de compromiso prevista en art. 9 Reglamento 1/2003, art. 12 Directiva 2019/1, como se analizará a continuación, y es que en todos ellos se tramita un

---

<sup>6</sup> Esta lectura de cómo han de interpretarse los acuerdos de compromisos no es producto de la libre valoración del TJUE, sino que se extrae prácticamente de la literalidad del Reglamento 1/2003. Este reglamento, que regula con limitado alcance la ejecución indirecta del Derecho europeo de la competencia, por parte de los Estados miembros, reconoce, no obstante, en su considerando 22, que en un sistema de competencias paralelas deben evitarse decisiones contradictorias con el fin de garantizar así el respeto de los principios de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las normas de competencia comunitarias. También expresa – en el mismo considerando - que es preciso aclarar los efectos de las decisiones de la Comisión y de los procedimientos en los tribunales y [...] las autoridades de competencia de los Estados miembros con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En relación con el punto que estamos analizando, del referido considerando se extrae con claridad que las decisiones de la Comisión que impongan compromisos no afectan a la facultad de los órganos jurisdiccionales y las autoridades de la competencia de los Estados miembros para aplicar los artículos 101 y 102 TFUE.

---

procedimiento sancionador en el que está presente de forma expresa el reconocimiento por las Autoridades de la competencia de la comisión de la infracción a cargo del sujeto con el que se realiza la transacción.

#### **A. Los procedimientos de transacción o *settlements*.**

En el caso de los procedimientos de transacción o *settlements* se trata de un tipo de acuerdos utilizados desde hace años por la Comisión europea para agilizar el procedimiento administrativo en los supuestos de cártel. Se introdujeron en el Derecho europeo en 2008 a través de una modificación del Reglamento 773/2004, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión conforme a los artículos 81 y 82 del Tratado CE y en la *Comunicación de la Comisión (2008/C 167/01) sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los artículos 7 y 23 del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo en casos de cártel*<sup>7</sup>. Se trata de tramitar un procedimiento en el que los sujetos implicados en la comisión de la infracción admiten las condiciones de restablecimiento de la situación restrictiva de la competencia impuestas por la Comisión, a cambio de beneficiarse con un 10 % en la reducción de la multa. En estos procedimientos de transacción o *settlements* se incoa un procedimiento sancionador, se declara una infracción y se impone una multa que lleva consigo, aunque sea implícitamente, la declaración de culpabilidad de los sujetos infractores para que la sanción resulte minorada. Frente a ello, en el procedimiento de decisión de compromisos no se exige la declaración de la infracción ni la aceptación por parte de los sujetos implicados de la responsabilidad administrativa.

Análogamente a lo que ocurre en otros procedimientos en los que hay negociación entre infractores y Autoridad de la competencia— señaladamente en determinados procedimientos de clemencia -, en el caso del procedimiento de transacciones las ventajas para las empresas son evidentes. Hay que tener en cuenta que, por un lado, se acorta el tiempo de la tramitación del procedimiento incoado por la Comisión, con la reducción del período de incertidumbre y de la tensión que comporta estar siendo objeto de un procedimiento sancionador. Por otro, se aplica automáticamente en este procedimiento una disminución del importe de la multa, que se fija en todo caso como del 10%. No

---

<sup>7</sup> Se configura por la propia Comisión, en su *soft law*, como un procedimiento apropiado exclusivamente para los cárteles, mientras que el de decisiones de compromisos resulta aplicable en todos los casos de infracción de las normas de la competencia, a excepción justamente de los supuestos de cártel.



existen posibilidades para las empresas de negociar ni regatear una reducción mayor pero sí de solicitar la aplicación al mismo tiempo de un programa de clemencia. Se trata de procedimientos que no tienen por qué ser alternativos, pueden ser cumulativos. Por parte de la Comisión, ésta se beneficia igualmente de las ventajas de ahorro de tiempo y herramientas para obtener uso más eficiente de los recursos dedicados a la detección e investigación de cárteles, y la lógica reducción de litigiosidad. Hay que tener especialmente en cuenta que la discrecionalidad de la Comisión para acudir a este tipo de remedios, a los procedimientos de transacción, es relativamente amplia. No es un derecho ni una obligación de las empresas investigadas adherirse al mismo, como tampoco es una obligación para la Comisión tramitarlo si ellas se lo solicitan. En la actualidad, este procedimiento de transacciones en el ámbito de los cárteles no se haya incorporado todavía al Derecho español.

#### **B. Los procedimientos de terminación convencional.**

Las decisiones de compromisos tienen como objetivo principal el correcto funcionamiento del mercado. En ocasiones tiene más sentido apostar por restituir las condiciones de libre competencia que existían en el mercado antes de que resultaran falseadas por las conductas anticompetitivas que imponer sanciones disuasorias para orientar las conductas en un escenario futuro. Desde esta perspectiva, en el Derecho de la Unión se previó la posibilidad alcanzar acuerdos entre Autoridades de la Competencia y empresas infractoras que permitieran sustituir las sanciones por compromisos. La diferencia fundamental entre las decisiones de compromisos y las decisiones de terminación convencional tal como se encuentran reguladas en nuestro ordenamiento es que en estas últimas sí se incoa un procedimiento sancionador, se sigue su tramitación e incluso se puede notificar un pliego de cargos a las empresas infractoras.

En este ámbito de la terminación convencional, resulta de especial interés reseñar que la regulación del procedimiento europeo – y en concreto en el art. 2 del Reglamento 733/2004 - se exige que este tipo acuerdos bilaterales tengan lugar antes de la redacción del pliego de cargos; mientras que, a nivel nacional, la LDC (art. 52 y concordantes) se entiende que los procedimientos convencionales deben desarrollarse justo después de ese pliego y pueden tener lugar justo antes de la elaboración de la Propuesta de Resolución. Al procedimiento procesal equivalente también se hace referencia en la Comunicación

---

sobre terminación convencional de Expedientes Sancionadores de la Comisión Nacional de Competencia de octubre de 2011 (apartado 23).

En el sistema español, la terminación convencional consiste en un acuerdo entre el interesado y la Administración como mecanismo alternativo exclusivamente dirigido a la sustitución de la multa en la finalización del expediente sancionador. Las previsiones legales con respecto al mismo en relación con el sector de defensa de la competencia se encuentran en el artículo 52 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia y en el artículo 39 del Reglamento de Defensa de la Competencia, de 27 de febrero de 2008, aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. También está prevista en nuestro ordenamiento jurídico la terminación convencional, como una forma específica de finalización del procedimiento administrativo común en el art. 86 de la vigente Ley 39/2015, de 2 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas.

El sistema de terminación convencional ha arraigado con fuerza desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia. Puede afirmarse que es indudable su éxito como forma alternativa de finalizar un expediente sancionador. Resulta evidente que ha supuesto una mejora en términos de eficiencia, ya que trata de restablecer en el mínimo plazo posible las condiciones de competencia en el mercado. Además, la tramitación de la mayoría de los expedientes finalizados a través de esta vía no excede de los seis meses. Sin embargo, esta forma excepcional de poner fin a un expediente sancionador ha suscitado polémica en determinados aspectos. Asimismo, se han puesto de manifiesto visiones y puntos de vista contrapuestos a la hora de su utilización entre las Autoridades nacionales competentes, entre la CNMC y las Autoridades autonómicas de la competencia. En este punto, existe una gran diferencia entre el modelo que se sigue a este respecto en el sistema comunitario. En él se atribuye un mayor alcance al poder de coordinación de la Comisión sobre los Estados Miembros. Podríamos plantearnos si en nuestro sistema sería más conveniente que la CNMC ostentara el poder de dirección y se articulase así un sistema que garantizase la uniforme aplicación del derecho de defensa de la competencia sin necesidad de acudir a los tribunales.

### **C. Los programas de clemencia.**

También son claras las diferencias entre los programas de clemencia y las decisiones de compromisos. Los programas de clemencia están dirigidos a obtener pruebas que permitan una rápida detección de los cárteles. De hecho, representan la herramienta muy efectiva que las autoridades públicas utilizan para su persecución. El carácter secreto de los cárteles hace que sea muy difícil su descubrimiento. El programa de clemencia consiste en ofrecer a todas aquellas personas físicas o jurídicas integrantes de un cártel, la oportunidad de confesar que forman parte de este, aportando información relevante. A cambio se les permite beneficiarse de la exención del pago de la multa o, en su caso de la reducción de esta. Lo que ofrecen las autoridades es, básicamente, un incentivo para que los propios miembros del cártel “traicionen” a sus socios. La primera consecuencia ventajosa directa del programa de clemencia para aquellos que son los primeros en acogerse al mismo es la exención total del pago de la multa. Para los siguientes el beneficio es la reducción del importe de la multa. Los artículos 65 y 66 LDC señalan los supuestos en los que se producirá la exención y seguidamente la reducción. La exención se aplica cuando se trate de la primera persona física o jurídica en aportar información sobre la realización de un cártel, cuando aún no se ha iniciado la investigación o cuando se trate de la primera persona en aportar elementos de prueba relevantes y necesarios sobre la existencia y actuación de un cártel, una vez ya iniciada la investigación. Por su parte, la reducción se producirá siempre y cuando se faciliten elementos de prueba de la presunta infracción, que aporten realmente un valor añadido significativo con respecto a aquellos de los que ya disponga la CNMC. El programa de clemencia ha comportado ventajas en su aplicación en el ordenamiento español y se espera que siga en la misma línea<sup>8</sup>.

## 5. Control judicial.

---

<sup>8</sup> En los últimos años, el número de cárteles que se han desmantelado gracias a la aplicación de esta política ha sido significativo. Esto puede traducirse en un éxito de la importación de esta política desde el Derecho europeo. La media aproximada desde el año 1995 hasta 2008 era de un cártel sancionado por año. Con la introducción del programa de clemencia se ha pasado a a siete u ocho de término medio por año desde el 2008 hasta el 2015. Como proporción, un 35% de los cárteles sancionados han sido gracias a la aplicación del programa de clemencia. El número de cárteles desmantelados a partir de la introducción en nuestro ordenamiento de la política de clemencia, como puede verse, ha crecido en un gran número.

---

A día de hoy, se han adoptado dos sentencias por parte del TJUE relativas a la fiscalización de decisiones de compromiso. En ambas se pone de manifiesto el gran margen de libertad que tiene la Comisión Europea en la adopción de tales decisiones y el limitado alcance del control judicial en ejercicio de su función revisora sobre ellas. La primera de las sentencias es del TJUE de 29 de junio de 2010, Comisión/Alrosa, C-441/07. La segunda es del Tribunal General de 15 de septiembre de 2016, caso Morningstar/ Comisión, T-76/14.

Esta doctrina jurisprudencial ha resultado objeto de críticas. La opinión generalizada es que otorga un margen de discrecionalidad demasiado amplio a la Comisión Europea. De hecho, todo parece indicar que las decisiones de compromiso acordadas al amparo del artículo 9 del Reglamento 1/2003, están sometidas a un control menos intenso que las decisiones de infracción adoptadas en virtud del artículo 7 del Reglamento 1/2003. La justificación podría encontrarse en que se trata de medidas adoptadas bilateralmente en contraposición con las otras, que son objeto de imposición unilateral. ¿Es su carácter consensuado suficiente justificación para que la discrecionalidad que ha de ejercer en su caso la Autoridad competente sea mayor?

En los dos pronunciamientos judiciales se alude a que la Comisión debe realizar un análisis en el que se han de tomar en consideración numerosos factores económicos, con un examen prospectivo que permita evaluar la adecuación de los compromisos propuestos por las empresas afectadas. En estos supuestos la Comisión europea dispone de un margen de apreciación que el Tribunal debe tener en cuenta, al ejercer su control. De ello resulta que, en el control jurídico restringido que se proyecta sobre tales situaciones económicas complejas, el juez de la Unión no puede sustituir la apreciación económica de la Comisión por la suya propia (sentencias de 29 de junio de 2010, Comisión/Alrosa, C-441/07, apartado 67, y de 15 de septiembre de 2016, Comisión/Morningstar, T-76/14, apartado 46)<sup>9</sup>.

En la segunda sentencia, en la STSJUE de 15 de septiembre de 2016, la recurrente pidió al Tribunal General que considerara si los compromisos vinculantes decididos por la Comisión y ofrecidos por Thomson Reuters en el marco de una investigación de abuso

---

<sup>9</sup> Esto último resulta especialmente significativo, incluso en la esfera nacional, como ha puesto igualmente de manifiesto el Tribunal Supremo, en STS de 8 de enero de 2019, nº 253/2019. Así es, en la medida que el art. 4 bis de la Ley Orgánica del Poder Judicial, introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, dispone que los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

de posición de dominio eran suficientes para abordar los problemas de competencia identificados. Se trataba de restricciones impuestas por Thomson Reuters con respecto al uso de los Códigos de Instrumentos de Reuters (RIC) que excluían a los competidores explícitamente de los acuerdos de licencia que se celebraban con los clientes, en la medida que se les impedía cambiar de proveedor de información. Todo ello supuso la comisión del abuso de posición dominante, conforme a lo previsto en el art. 102 TFUE, en el específico mercado de esas fuentes de datos consolidadas en tiempo real.

Atendiendo al margen de discrecionalidad administrativa que se reconoce por el propio Tribunal, su papel en esta apelación se limitó a evaluar si la Comisión Europea estaba manifiestamente equivocada al aceptar los compromisos ofrecidos por Thomson Reuters. La revisión judicial consistió en dos cuestiones. En primer lugar, se centró en revisar si en las pruebas invocadas por la Comisión Europea resultaron objetivamente precisas, confiables y consistentes, en el sentido que contenía toda la información necesaria que hay que tener en cuenta para evaluar una situación compleja y susceptible de fundamentar las conclusiones extraídas a partir de ella. Por otro lado, se trataba de comprobar si los compromisos fueron proporcionales. En este sentido se trataba de examinar si tales compromisos fueron “suficientes” y si con ellos se respondía “adecuadamente” a las objeciones expuestas en relación con la gravedad y el alcance de los intereses de terceros.

El Tribunal General concluyó positivamente las dos cuestiones. Sostuvo en relación con los compromisos, que estos eran suficientes para abordar las preocupaciones de la Comisión Europea en relación con las restricciones impuestas por Thomson Reuters que habían implicado importantes limitaciones para que los clientes cambiaran de proveedor. El hecho de que otros compromisos podrían haber resultado más favorables para los competidores no se consideró un motivo válido para anular la decisión. El Tribunal General rechazó igualmente el argumento de que la decisión de compromiso hubiera infringido el principio de proporcionalidad. Este principio de proporcionalidad fue interpretado en el caso como una exigencia de que los compromisos no deberían exceder lo necesario y apropiado para alcanzar el objetivo buscado, aunque no se hubieran ofrecido los compromisos más onerosos o exigentes para lograr la solución de los problemas concernidos. El Tribunal General señaló en este punto que la Comisión Europea no está autorizada por el artículo 9 del Reglamento 1/2003 para exigir compromisos más onerosos para las empresas que supongan una protección reforzada de

---

los intereses en presencia. Entiende así el Tribunal que lo que la Comisión debe simplemente aceptar los compromisos ofrecidos por las partes que vayan más allá de "lo que la propia Comisión podría haberles impuesto en una decisión que se hubiera adoptado de conformidad con el artículo 7 del Reglamento 1/2003 (decisión de prohibición)".

## 6. Reflexiones finales.

Es claro que el Derecho de defensa de la competencia es un sector en el que se manifiesta de forma muy clara y peculiar el ejercicio de discrecionalidad por parte de la Administración. Se maneja aquí un concepto de discrecionalidad, que se identifica como la necesidad de integrar o completar un supuesto de hecho normativo en el momento de la aplicación del Derecho al caso concreto. Téngase en cuenta que en este ámbito de los acuerdos de compromisos la Administración toma decisiones que no están totalmente programadas, que no son regladas, y a las que, por tanto, cabe incluir en el supuesto de hecho de la conducta infractora el dato de la voluntad de colaborar de una forma precisa aceptada y consensuada por y con la Administración actuante, lo que equivale a aplicar una consecuencia jurídica distinta a la sanción.

De todo ello se deriva que la norma de control dirigida al juez solo le permite a éste desechar las decisiones que no sean "aceptables". Esta es la razón que explica por qué en ese tipo de supuestos el control ejercido sobre el acto administrativo solo pueda ser negativo. No cabe sustituir la decisión tomada, porque solo la Administración puede decidir cuál es la decisión adecuada.

Dentro de este contexto en el que se despliega la discrecionalidad administrativa, hay que tomar en consideración que la previsión de decisiones de compromisos resulta, en principio, un fenómeno muy singular y anómalo para nuestro sistema. En este sentido la estructura de las normas sancionadoras se ha venido correspondiendo por lo general con una formulación reglada, en su tradicional y lógica dimensión del binomio básico infracción-sanción. Frente esta tradicional concepción de las estructuras de las normas sancionadoras, irrumpió en nuestro ordenamiento la posibilidad de que las Administraciones sancionaran o no, dependiendo de criterios de eficiencia en relación con el cumplimiento y restablecimiento de la legalidad alterada, lo que a su vez estará condicionado por el grado de cumplimiento y voluntad de alcanzarlo que se obtenga por parte de los sujetos infractores implicados. Esto es algo que puede aparecer como no tan

revolucionario para nuestro tradicional Derecho administrativo, a la vista de los procedimientos de terminación convencional. Es solo otra vuelta de tuerca.

## 7. BIBLIOGRAFÍA.

- ALEXY, R. (2008), Teoría de los derechos fundamentales, traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido, 2.<sup>a</sup> ed., Madrid, CEPC, pp. 63-80.
- BACIGALUPO SAGGESE, M. (1997), La discrecionalidad administrativa (estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución), Marcial Pons, Madrid, pp. 204-206.
- BAÑO LEÓN, J. M. (2016): “La evolución del derecho de la competencia” Revista de Administración Pública, núm. 200, pp. 295-314.
- . (2015) “Artículo 52. Terminación convencional”, en FOLGUERA, J. (dir), Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia, Ed. Civitas, 4<sup>a</sup> edición, Madrid, pp. 1119 y ss.
- (2015) “La discrecionalidad administrativa en las sanciones del Derecho de la competencia”, en GUILLÉN CARAMES, J. – CUERDO MIR, M. Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia, Thomson Reuters, Civitas.
- COSTAS COMESAÑA, J. (2021) “La transposición de la Directiva ECN+: otra oportunidad perdida para mejorar la eficacia del Derecho español de la competencia”, en ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. OLMEDO PERALTA, E. “Estudios de la red académica de Defensa de la Competencia”, Aranzadi.
- BIFFARO, L. (2015): “Análisis de los remedios públicos y privados en Derecho de la competencia” Tesis Doctoral Universidad Pompeu Fabra, Barcelona.
- BORREL ARQUÉ, J.R., JIMÉNEZ GONZÁLEZ, J.L. ORDOÑEZ HARO, J.M (2014). Redefiniendo los incentivos a la colusión: el programa de la clemencia. Información Comercial Española, ICE: Revista de economía, ISSN 0019-977X, N° 876, 2014 (Ejemplar dedicado a: "50 aniversario de la primera ley de competencia en España"), pp. 17-36.
- CACHAFEIRO, F. (2017) “Terminación convencional de los expedientes sancionadores por la infracción del Derecho de la competencia”, en ROBLES, A. *La lucha contra las restricciones de la competencia: sanciones y remedios en el ordenamiento español*. Comares, pp. 185 y ss.
- CAMESASCA, P.D. (2017) “Article 9 Commitment Procedures. Can they achieve optimal outcomes? GCLC Conference – January 27, 2017 –.
- COOK, C.J. (2006) “Commitment decisions: the law and practice under art. 9” World Competition núm. 29 (2), pp. 209-228.
- CUERDO MIR, M. (2013): “Política de competencia y programas de clemencia: una revisión desde la economía del derecho”. Anuario de la competencia, N° 1, 2013, págs. 45-66.
- DE OTTO, I. (1987), Derecho constitucional. Ariel, Madrid.
- DÍEZ ESTELLA, F. (2015): “La terminación convencional en el derecho de la competencia, ¿una solución adecuada a un procedimiento sancionador?”, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales, n° 95,
- DOMENECH PASCUAL, G. (2006), Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos: el derecho del ciudadano a ser protegido por los poderes públicos, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- DUNNE, N. (2014) “Commitment Decisions in EU Competition”, Journal of Competition Law & Economics. Oxford Academic. Volume 10, Issue 2, 1 pp. 399. Esta autora se remite al análisis de su aplicación por los Estados miembros al estudio de SCHWEITZER, H. (2012) Commitment Decisions: An Overview of EU and National Case Law, 48150, E-COMPETITIONS.
- Executive Summary of the Roundtable on Commitment Decisions in Antitrust Cases held at the 125th meeting of the Competition Committee of the OECD 15-17 June 2016.
- FERNANDEZ, T-R. (2012), “La terminación convencional en el procedimiento sancionador por conductas anticompetitivas”. Revista de derecho de la competencia y la distribución núm. 11, 35-48.
- FUCHS A. (2005) ‘Kontrollierte Dezentralisierung der europäischen Wettbewerbsaufsicht’ en SCHNEIDER, J.P. SCHWARZE, J.P., MÜLLER-GRAFF P.C. Vollzug des Europäischen Wirtschaftsrechts zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung, (Baden-Baden: XVIII. Kolloquium der Wissenschaftlichen Gesellschaft für Europarecht am 26. /27. November 2004 in Osnabrück, Nomos.

---

GHEZZI, F., MARCHETI, B. (2017) “La proposta di direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie” *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, fasc.5, 1 p. 1015.

GUILLÉN CARAMÉS, J. (2016), “La compleja interacción entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional en la aplicación pública del Derecho de la competencia: a propósito de los programas de clemencia. *Revista española de Derecho europeo* núm. 59.

- (2015), “Régimen jurídico de los requerimientos de información efectuados por las autoridades de competencia”. *Revista de administración pública*, núm. 197, pp. 41 y ss.

GUZMAN ZAPATER, C. y FORNELLS DE FRUTOS, J., (2013) “La terminación convencional en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia a la luz de la Comunicación de la CNC”, Working Paper IE Law School AJ8-197.

LAINA, F. LAURIENEN, E. (2013) “The EU Cartel Settlement Procedure: Current Status and Challenges” *Journal of European Competition Law & Practice Advance*, p. 1.

MARCOS, F. (2016) “Terminación convencional y coordinación por la CNMC de las autoridades autonómicas”, en <https://almacenederecho.org/terminacion-convencional-y-coordinacion-por-la-cnmc-de-las-autoridades-autonomicas/>

OPPERMANN, T., CLASSEN, C.D., NETTESHEIM, M. (2009), *Europarecht*, C.H. Beck, München, pp. 180-181.

ORTEGA BERNARDO, J. (2015), “La europeización de la administración que aplica el derecho de defensa de la competencia. ¿Hasta qué punto influye el derecho europeo en la configuración de su estructura organizativa, en su procedimiento y en el contenido de sus decisiones?” *Revista española de Derecho administrativo* núm. 170, pp. 87 y ss.

REBOLLO PUIG, M. (2015) “Control judicial del no ejercicio de la potestad sancionadora”, en GUILLÉN CARAMÉS, J. – CUERDO MIR, M. *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, Thomson Reuters, Civitas, p. 414, BAÑO LEÓN, J.M. (2015) “La discrecionalidad administrativa en las sanciones del Derecho de la competencia”, en GUILLÉN CARAMÉS, J. – CUERDO MIR, M. *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, Thomson Reuters, Civitas, REQUEJO PAGÉS, J.L. (1995), “Mandato al legislador”, en *Enciclopedia jurídica básica III*, Civitas, Madrid.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M<sup>a</sup>. (2016), *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*. pp. 170 y ss.

STERN, K. (2010), «Die Schutzpflichtenfunktion der Grun-drechte: eine juristische Entdeckung», *Die öffentliche verwaltung*, núm. 6, pp. 241 y ss.