

TEMA XX: DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Fernando de la Vega García

Prof. Titular Derecho Mercantil UMU

SUMARIO: I. CARACTERIZACIÓN II. SISTEMA DE FUENTES III. APLICACIÓN IV. CONDUCTAS PROHIBIDAS V. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA. VI. CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS. VII. CONTROL DE LAS AYUDAS PÚBLICAS

I. CARACTERIZACIÓN

El Derecho de Defensa de la Competencia, o vertiente *antitrust* del Derecho de la Competencia, es aquel conjunto de normas que prohíbe conductas de cierta trascendencia económica, con el fin de garantizar una competencia suficiente, protegiéndola así frente a todo ataque contrario al orden público, derivándose consecuencias jurídicas administrativas (*vgr.* multas) y, en su caso, civiles (*vgr.* indemnizaciones). También es propio del Derecho de Defensa de la Competencia el control sobre operaciones de concentración económica y ayudas públicas a empresas. Este conjunto de normas tiende, pues, a garantizar la libertad en las relaciones de mercado, reprimiendo toda conducta que obstaculice gravemente las condiciones de competencia. Sus principales caracteres son los siguientes:

- Presenta mayoritariamente una *aplicación administrativa*: las consecuencias jurídicas que derivan de su vulneración son típicamente administrativas (multas), como también lo son los órganos que lo aplican (Comisión UE y Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia). La posible existencia de consecuencias jurídicas típicas del *Derecho Privado* (*vgr.* nulidad, responsabilidad civil), exigibles ante la jurisdicción ordinaria, no desvirtúan su naturaleza administrativa. A pesar de ello, el estudio de las normas de *defensa de la competencia* se incluye tradicionalmente en el ámbito del Derecho Mercantil.
- Es aplicable a conductas de *cierta trascendencia económica*, debido principalmente a que su finalidad es la tutela del interés general mediante la defensa de un nivel suficiente de competencia (*workable competition*). Ello implica que las *conductas de menor importancia* sean excluidas de su ámbito de aplicación, pudiendo constituir, en su caso, un ilícito desleal.
- Se desarrolla en torno a dos bloques normativos: *Derecho de la Unión Europea* y *Derecho Interno*. Las disposiciones de ambos son muy parecidas, pues sancionan conductas que en la mayoría de las ocasiones presentan idénticos elementos objetivos (cárteles, abusos de posición dominante, concentraciones económicas, ayudas públicas) y subjetivos (misma noción de empresa), diferenciándose fundamentalmente en el elemento dimensional (mercado afectado).

II. SISTEMA DE FUENTES

Las fuentes del Derecho de la Competencia se hallan tanto en el ámbito de la Unión Europea como en el de cada Estado miembro:

- *Derecho europeo de la Competencia.* La elaboración de normas sobre competencia constituye una de las acciones previstas en el Derecho de la Unión Europea para proteger el funcionamiento de su mercado interior (art. 3.b.del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en adelante TFUE). El conjunto de normas que regulan la competencia en el ámbito de la Unión Europea, que sanciona conductas colusorias y abusivas constituye el denominado Derecho europeo de la Competencia y está compuesto por dos clases de fuentes: Derecho originario y Derecho derivado:
 - La fuente primaria del Derecho europeo de la Competencia es el *Derecho originario*. Está integrado por los artículos 101-109 TFUE, que establecen los principios generales de prohibición de determinadas prácticas concertadas y abusos de posición dominante, así como el régimen de control de las ayudas públicas.
 - El *Derecho derivado* europeo adquiere gran relevancia en la regulación de la competencia económica. La fuente formal utilizada con carácter general es el Reglamento de la Comisión y del Consejo, por lo que son directamente aplicables en todos y cada uno de los Estados miembros y gozan de primacía respecto de las disposiciones nacionales. Entre los Reglamentos más importantes en materia de competencia destacan el Reglamento (CE) n° 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y el Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia. Junto a los Reglamentos, la Unión Europea también ha elaborado Directivas, con el objeto de armonizar el Derecho de los Estados miembros en materia de aplicación del Derecho de la Competencia.
- *Derecho interno de la Competencia.* El hecho de que la regulación de la competencia se incluya con carácter general en el ámbito de la materia mercantil deriva en que las Comunidades Autónomas carezcan de competencia normativa en este ámbito. La norma jurídica básica es la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), tercera en la historia del Derecho español tras las normas de 1963 y 1989. Junto a la LDC adquiere relevancia el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).

IV. APLICACIÓN

El Derecho de la Competencia (*antitrust*) ha sido aplicado tradicionalmente por órganos de naturaleza administrativa, que han ido imponiendo multas a las distintas infracciones cometidas. Sin embargo, junto a esta tutela jurídico-pública evolucionó la idea de potenciar la reparación del daño individual causado por ilícitos anticompetitivos. En la actualidad, tras la reforma de la LDC en 2017, resulta generalizada la posibilidad de ejercitar acciones de responsabilidad civil por infracciones de la legislación de competencia, lo que se conoce como "aplicación privada" o *private enforcement*. Seguidamente se delimitan los dos modos de aplicación del Derecho *Antitrust*, así como los órganos competentes en cada ámbito.

1. Aplicación pública

La conocida como "aplicación pública" es el modo tradicional de aplicación de las normas de defensa de la competencia, cuya infracción ha derivado en la incoación de procedimientos sancionadores; asimismo, el control de las concentraciones económicas ha sido competencia de órganos de naturaleza administrativa, sin perjuicio del eventual recurso ante autoridades judiciales.

- En el *ámbito de la Unión Europea*, la Comisión es el órgano que asume las más importantes competencias en materia de reglamentación, investigación y decisión. Junto a la misma, los órganos de carácter jurisdiccional que tienen competencias en el ámbito del Derecho Europeo de la Competencia son el Tribunal General de la Unión Europea (TGUE), en primera instancia, y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que es competente para: a) controlar la legalidad de los actos del Consejo y de la Comisión que no sean dictámenes o recomendaciones; b) resolver recursos interpuestos cuando la Comisión o Consejo no actúan cuando deben; c) conocer cuestiones prejudiciales; y d) reconocer indemnizaciones por daños causados por las Instituciones comunitarias o sus agentes en el ejercicio de sus funciones. En relación con los motivos de recurso, el TJ será competente para resolver acerca de los supuestos de "incompetencia, vicios sustanciales de forma, violación del Tratado CE o de cualquier norma jurídica relativa a su ejecución, o desviación de poder" (art. 263 TFUE).
- En el *ámbito interno español* la aplicación del Derecho de la Competencia la realiza la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), órgano público regulado por la Ley 3/2013, de 4 de junio. Algunas CCAA tienen también competencias para aplicar las normas de competencia (por ejemplo, Galicia). En los Estados en los que existen normas de defensa de la competencia, su aplicación queda también reservada a órganos de naturaleza administrativa (*Autorité de la Concurrence*, en Francia; *Bundeskartellamt*, en Alemania; *CMA*, en Inglaterra,...).

Sus funciones son de carácter *decisorio* (resolver los asuntos sobre prácticas colusorias, abusivas, concentración de empresas y ayudas públicas), *consultivas* (informar los proyectos o proposiciones de Ley que afecten a la competencia; dirigir informes a cualquier poder u órgano del Estado; estudiar y someter al Gobierno las oportunas propuestas para la modificación de la LDC) y *administrativas* (elaborar el reglamento de régimen interior; mantener relaciones con otros organismos análogos...).

- La *coordinación* entre las autoridades europeas y nacionales se realiza a través de diversos instrumentos, entre los que destaca la "Red de Autoridades de Competencia", conocida por sus siglas inglesas ECN (*European Competition Network*) y compuesta por la Comisión y las autoridades nacionales de competencia. Su origen se remonta a 2002, año en el que se formula la Declaración común del Consejo y la Comisión sobre su funcionamiento. Se establece que "a fin de garantizar la aplicación eficaz y coherente de las normas comunitarias de competencia, la Comisión y las autoridades nacionales de competencia designadas por los Estados miembros forman conjuntamente una red de autoridades de competencia a efectos de la aplicación en estrecha cooperación de los artículos 81 y 82 del Tratado". Esta declaración "tiene

carácter político y, por consiguiente, no crea derechos jurídicos ni obligaciones. Se limita a exponer una plataforma política común compartida por todos los Estados miembros y por la Comisión sobre los principios de funcionamiento de la red”.

2. Aplicación privada

El Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, transpone, entre otras, la Directiva 2014/104/UE e incorpora un nuevo Título VI en la LDC (artículos 71-81) cuya rúbrica es «De la compensación de los daños causados por las prácticas restrictivas de la competencia». Además, con el objeto de adaptar también las normas procesales aplicables, introduce en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, una nueva sección titulada «Del acceso a las fuentes de prueba en procedimientos de reclamación de daños por infracción del derecho de la competencia» (artículos 283 *bis a-bis k*).

Este nuevo régimen jurídico confirma legalmente la posibilidad de que cualquier persona física o jurídica que haya sufrido un perjuicio ocasionado por una infracción del Derecho de la competencia, tenga derecho a reclamar al infractor y obtener su pleno resarcimiento ante la jurisdicción civil ordinaria. Se establece así que cualquier persona tiene derecho a solicitar la reparación del daño sufrido cuando exista una relación de causalidad entre dicho daño y el acuerdo o la práctica prohibidos por las normas de competencia (STJUE de 5 de junio de 2014, *Kone* y otros, C-557/12, apartado 22 y jurisprudencia citada).

Además de la responsabilidad civil derivada de ilícitos *antitrust*, otra modalidad de aplicación privada es la declaración de nulidad (total o parcial) de los contratos que incluyan conductas anticompetitivas.

Estas consecuencias jurídicas de Derecho Privado derivadas de las infracciones del Derecho de la Competencia son competencia de los Juzgados de lo Mercantil, ya que el artículo 86.ter.2.f de la LOPJ dispone que tales juzgados conocerán cuantas cuestiones sean de competencia en el orden jurisdiccional civil respecto a la legislación de competencia. Su apelación iría a la correspondiente Audiencia Provincial y la casación a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

Finalmente, debe apuntarse también la posible existencia de acuerdos extrajudiciales (mediaciones o arbitrajes, entre otras posibilidades) para el resarcimiento de los daños causados por infracciones de competencia (art. 77 LDC).

V. CONDUCTAS PROHIBIDAS

1. Aspectos comunes

Las conductas prohibidas por el Derecho de Defensa de la Competencia se hallan integradas en tres categorías (conductas colusorias, abuso de posición dominante y falseamiento de la libre competencia por actos desleales). Las dos primeras están prohibidas tanto por el Derecho de la UE como por el Derecho interno español, mientras que la tercera solo se halla prohibida por la LDC. Entre las características comunes a todos los ilícitos se hallan las siguientes:

- Son conductas *susceptibles de ser realizadas por cualquier empresa*, entendida en el sentido más amplio del término, abarcando desde empresarios personas físicas hasta la gran sociedad bursátil y multinacional, e incluyendo a la empresa pública.
- Son conductas que *deben afectar de forma significativa a la competencia*, es decir, deben tener una dimensión que ponga en peligro los beneficiosos efectos económicos de la libre competencia en el mercado de que se trate. Tanto el Derecho de la Unión Europea como el Derecho interno han establecido criterios para excluir la aplicación del Derecho *Antitrust* a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia.

2. Detección: inspecciones y clemencia

Uno de los obstáculos más habituales y relevantes en la aplicación del Derecho de Defensa de la Competencia es la dificultad de detectar y probar las conductas ilícitas o anticompetitivas. Los autores de las infracciones más graves (*cartelistas*) procuran realizar estas prácticas de forma clandestina o secreta, enmascarando de diversas formas verdaderas conductas que tienen como objeto o efecto (casi exclusivo) la eliminación o restricción injustificada de la competencia en un determinado mercado. Este hecho genera preocupación por reforzar la labor de búsqueda o investigación en orden al descubrimiento de las prácticas anticompetitivas. En este sentido, resulta generalizado en los distintos sistemas de defensa de la competencia la dotación de especiales poderes de investigación e inspección a las autoridades de competencia, así como la activación de un denominado "programa de clemencia", que incentiva la colaboración de los infractores con los órganos de competencia para la detección de conductas anticompetitivas. Sus principales características son las siguientes:

- *Inspecciones*. Tanto en Derecho interno como en el ámbito europeo se atribuyen poderes de inspección a las autoridades de competencia. El artículo 27 de la Ley 3/2013, de creación de la CNMC, reconoce la condición de agente de la autoridad al "personal funcionario de carrera de la CNMC, debidamente autorizado por el director correspondiente", facultándole para "realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresas para la debida aplicación de [dicha] Ley".
- *Clemencia*. Es hoy en día un instrumento relevante de colaboración de los infractores de ciertas normas de competencia (las relativas a los ilícitos más graves, los cárteles) con la autoridades de competencia, tanto nacionales como europeas. Dicha colaboración incentiva a los cartelistas con una exención o, en su caso, reducción del importe de la correspondiente multa, obteniendo así la Administración una cooperación desde dentro de la propia infracción. El sistema de clemencia vigente, tanto en España como en la Unión Europea, presenta dos claras manifestaciones: la exención y la reducción de la multa derivada de los cárteles (artículos 65 y 66 LDC y 46-53 RDC).

3. Conductas colusorias

3.1. Caracterización

La determinación de las conductas colusorias se caracteriza por su antiformalismo. Así, tanto las normas nacionales como las comunitarias establecen una cláusula general, según la cual "se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia" (art. 1.1 LDC y 81 TCE). Se distinguen, por tanto, dos clases de conductas en función del autor o autores:

- En primer lugar, se prohíbe toda conducta bilateral o multilateral que pueda afectar a la competencia. Resulta indiferente para la existencia de tal práctica prohibida que derive de un acuerdo expreso; el carácter pragmático del Derecho de Defensa de la Competencia implica que el concepto de "conducta bilateral" pueda estar referido tanto a contratos como a prácticas concertadas o conscientemente paralelas, incluso a acuerdos sin obligatoriedad (*gentlemen's agreements*). La única condición para la existencia de esta clase de conductas prohibidas es la existencia de dos o más unidades económicamente independientes. En este sentido, los acuerdos adoptados en el seno de un grupo de empresas pueden quedar excluidos del sistema sancionador del Derecho de Defensa de la Competencia por ser considerados actos de gestión u ordenación interna. La misma independencia económica debe ser determinada en los supuestos de acuerdos entre un empresario y sus agentes comerciales.
- En segundo lugar, también se hallan prohibidas, como conductas que pueden presentar una naturaleza unilateral, las decisiones o recomendaciones colectivas. Esta figura hace referencia a una decisión, expresión de la voluntad de una asociación o unión de empresas, adoptada con arreglo a los procedimientos por ella establecidos, cuyo contenido variará en función de las misiones encargadas a la misma, y que tiende a imponer determinados comportamientos anticompetitivos a sus miembros.

Tras la amplitud de esta cláusulas general, los artículos 101 TFUE y 1 LDC establecen una lista ejemplificativa de las prácticas colusorias prohibidas, que pueden ser sistematizadas en dos grandes grupos: *prácticas horizontales* y *prácticas verticales*.

- Son *horizontales* aquellas conductas los acuerdos o prácticas concertadas realizadas entre dos o más empresas que operan, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en el mismo plano de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios. En este ámbito se prohíben explícitamente: a) fijación de precios comunes (eliminación de la competencia externa); b) reparto de mercados (eliminación de la competencia interna); c) intercambio de informaciones (registros de morosos); d) colaboración en I + D con efectos restrictivos; e) ventas conjuntas (centrales de ventas); f) discriminación colectiva o boicot; g) condiciones uniformes de venta, suministro, garantía,...
- Son *verticales* aquellas conductas los acuerdos o prácticas concertadas suscritos entre dos o más empresas que operen, a efectos del acuerdo o de la práctica concertada, en planos distintos de la cadena de producción o distribución y que se refieran a las condiciones en las que las partes pueden adquirir, vender o revender determinados bienes o servicios. Así, son prácticas verticales prohibidas: a) fijación de precios de productor a distribuidor; b) otorgamiento de

exclusivas territoriales de venta o de compra; c) prohibición de exportaciones paralelas; d) contratos "enganchados",...

3.2. Exenciones

El Derecho de Defensa de la Competencia establece un amplio catálogo de conductas que, aunque prohibidas por los arts. 81 TCE y 1 LDC, no implican sanción alguna, pues se consideran lícitas por derivarse beneficios para los consumidores o para la propia competencia. Estas autorizaciones pueden ser sistematizadas en dos grupos: autorizaciones impropias y autorizaciones propias:

- Las *autorizaciones impropias* son aquellas cuyo origen se halla alejado de las normas jurídicas generales que integran el Derecho de la Competencia, quedando justificadas por dar preferencia a otros fines por delante de la defensa estricta de la competencia. Así, las prohibiciones del Derecho de Defensa de la Competencia no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley (art. 4.1 LDC). En el ámbito de la Unión Europea también existen algunas autorizaciones impropias, como, por ejemplo, cuando el TFUE antepone determinados fines de la política agraria sobre la defensa de la competencia, por lo que en dicho ámbito es posible que conductas consideradas ilícitas en otros ámbitos queden autorizadas cuando son realizadas entre agricultores u organizaciones de productores.
- En segundo lugar, se encuentran aquellas autorizaciones generales que derivan directamente de las normas que integran el Derecho de Defensa de la Competencia (*autorizaciones propias*), tanto en su ámbito europeo como interno. Los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC establecen las condiciones de la autorización, disponiendo que las prohibiciones *antitrust* no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:
 - Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.
 - No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y
 - No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

En relación con las conductas colusorias más habituales la Comisión elabora Reglamentos de exención, con el objeto de dar seguridad jurídica a los operadores económicos. Estas autorizaciones generales ("Reglamentos de exención") suelen presentar carácter temporal (sobre los 10-12 años), con el objeto de comprobar su eficacia y, dependiendo de la misma, mantenerlas o extinguirlas. Entre los mismos destaca el Reglamento (UE) 330/2010, de 20 de abril, aplicable a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, válido hasta el 31 de mayo de 2022.

Estos Reglamentos de la UE son aplicables también respecto de la legislación interna. El artículo 1.4 de la LDC dispone que "la prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE".

4. Abuso de posición dominante

Tanto el Derecho de la Unión Europea (art. 102 TFUE) como el Derecho Interno (art. 2 LDC) prohíben la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado interior (o en una parte sustancial del mismo), así como en el mercado nacional. Esta prohibición es automática y absoluta, no admitiéndose exenciones o autorizaciones.

Los elementos constitutivos del ilícito son dos: *posición dominante* y *explotación abusiva*, siendo las siguientes sus principales características:

- La *posición dominante* se caracteriza por dos notas: *poder económico* e *independencia de comportamiento*.
- El segundo elemento de caracterización de la prohibición es la *explotación abusiva de la posición de dominio*. En este punto, los artículos 102 TFUE y 2.2 LDC enumeran los supuestos de abusos de posición dominante más habituales:
 - Imponer directa o indirectamente precios de compra, de venta u otras condiciones de transacción no equitativas.
 - Limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores o empresas.
 - Negar injustificadamente demandas de compra de productos o de prestación de servicios.
 - Aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equivalentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva.
 - Subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.

5. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales

La realización de *ilícitos desleales* constituye en determinados supuestos un "ilícito *antitrust*" en el Derecho Interno de Defensa de la Competencia, lo que amplía notablemente su ámbito objetivo de aplicación respecto al Derecho europeo de la Competencia, que no lo contempla. Esta circunstancia refuerza la represión de los actos de competencia desleal, pues, además de las consecuencias jurídicas propias (LCD), podrán derivarse las sanciones administrativas establecidas en el Derecho de Defensa de la Competencia.

La relevancia *antitrust* de los actos de competencia desleal deriva de lo dispuesto en el art. 3 de la LDC: "la Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público". De la redacción de este precepto se deduce su naturaleza especial o excepcional, pues sólo serán sancionables las conductas desleales que realmente afecten a las condiciones estructurales del mercado, hecho que queda patente al comprobar las escasas resoluciones sancionadoras de la autoridades de competencia al respecto.

VI. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA INFRACCIÓN DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

La realización de alguna de las conductas prohibidas por el Derecho de Defensa de la Competencia deriva en consecuencias jurídicas de diversa naturaleza. Sin entrar en el ámbito penal, en el que la pena deriva más del delito concurrencial que del ilícito *antitrust*, se distingue entre consecuencias jurídicas en el ámbito administrativo (sanciones) y civil (nulidad y resarcimiento de daños y perjuicios).

1. Consecuencias jurídico-administrativas

La sanción administrativa constituye la consecuencia jurídica propia del Derecho de Defensa de la Competencia. Los tipos de sanciones son esencialmente idénticas en el ámbito comunitario e interno, variando, en el caso de multas, la cuantía de las mismas. El plazo de prescripción de las prohibiciones estudiadas *supra* a los efectos de la imposición de este tipo de sanciones oscilan entre 1 y 4 años dependiendo de su gravedad (art. 68 LDC) y de 3 o 5 años en el ámbito europeo (art. 25 del Reglamento 1/2003). Las consecuencias previstas legalmente son las siguientes: requerimiento de cese, multas sancionadoras (en el ámbito europeo hasta el 10% del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior; en el ámbito español hasta el 1% (infracciones leves), 5% (infracciones graves) y 10% (infracciones muy graves) del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa (art. 63 LDC), y multas coercitivas, que, independientes de las de carácter sancionador, persiguen la eficacia de las decisiones de la Comisión o CNMC. Asimismo, es posible sancionar además a los representantes legales o a las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión ilícita. Por último, destacan asimismo consecuencias jurídicas establecidas en otras normas, como la prohibición de contratar en el ámbito de la (art. 71.1 b de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, aplicado por la CNMC en, por ejemplo, su Resolución de 14 de marzo de 2019, S/DC/0598/2016).

2. Consecuencias jurídico-civiles

Además de las sanciones jurídico-administrativas, de la realización de conductas anticompetitivas pueden derivarse consecuencias propias el Derecho Privado, tales como la nulidad y el resarcimiento de los daños causados; este último tiene un régimen jurídico especial en la LDC (artículos 71-81) y en la LEC (artículos 283 *bis a-bis k*).

VII. CONTROL DE LAS CONCENTRACIONES ECONÓMICAS

El Derecho de Defensa de la Competencia, prevé un procedimiento para controlar ciertas operaciones de concentración de empresas. Dadas sus características y dimensión, estas conductas son proclives a resultar anticompetitivas debido a que la concentración deriva en la mayoría de supuestos en posición de dominio, lo que contribuye a crear uno de los elementos caracterizadores del abuso de posición dominante. Ante esta realidad, el Derecho de Defensa de la Competencia actúa como control preventivo para evitar una posible alteración de la libre competencia en un determinado mercado.

El control sobre las concentraciones de empresas se halla regulado tanto en el Derecho de la Unión Europea (Reglamento 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004) como en Derecho Interno español (artículos 7-11 LDC y RDC), hallándose muy cercanos sus criterios generales.

Para que proceda este control preventivo es necesario que la operación constituya una *concentración económica* y presente una determinada *dimensión*, según los siguientes criterios:

- *Concentración económica* equivale a "operaciones que supongan un cambio estable del control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de algunas de las siguientes operaciones: a) La fusión de dos o más empresas anteriormente independientes. b) La adquisición por una empresa del control sobre la totalidad o parte de una o varias empresas. c) La creación de una empresa en participación y, en general, la adquisición del control conjunto sobre una o varias empresas, cuando éstas desempeñen de forma permanente las funciones de una entidad económica autónoma (arts. 7.1 LDC y 3 Reglamento 139/2004).
- El segundo elemento constitutivo del concepto jurídico de *concentración* es la *dimensión*, de la que dependerá, además, el órgano competente para informar sobre la operación de concentración (CNMC o Comisión Europea).

Cuando una empresa se cumple algunos de estos presupuestos deberá notificar a la CNMC o, en su caso, a la Comisión la operación de concentración, existiendo multas si se incumple este deber, estando prevista además la iniciación de oficio. Los afectados deberán notificarla previamente a su realización, por lo que "la concentración económica no podrá ejecutarse hasta que haya recaído y sea ejecutiva la autorización expresa o tácita de la Administración en los términos previstos en el artículo 38, salvo en caso de levantamiento de la suspensión" (art. 9.2 LDC y, en igual sentido, art. 4 Reglamento 139/2004).

Una vez notificada, el procedimiento continuará en el seno de la Comisión si la operación es de ámbito europeo, mientras que si es de ámbito nacional, el procedimiento se desarrolla a través de la CNMC (con posible intervención del Consejo de Ministros). Dichos órganos valorarán las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del correspondiente mercado, acordando, básicamente, alguna de las siguientes decisiones: a) Autorizar la concentración. b) Subordinar la autorización de la concentración al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes o condiciones. c) Prohibir la concentración.

VIII. CONTROL DE LAS AYUDAS PÚBLICAS

El Derecho de Defensa de la Competencia establece normas de control sobre las ayudas que los Estados miembros puedan conceder a las empresas, pretendiendo así evitar que las intervenciones estatales favorecedoras de determinadas empresas impliquen una distorsión de la competencia. La concesión de ayudas deriva generalmente en un descenso de costes para las empresas beneficiadas que puede suponer un falseamiento de la libre competencia. Incluso en el caso de que las ayudas fueren concedidas a todas las empresas nacionales, podría producirse aquel falseamiento debido al perjuicio que sufrirían las importaciones y a la lesión del principio de libre circulación de mercancías. El régimen jurídico de las ayudas públicas se desarrolla en los dos ámbitos del Derecho de Defensa de la Competencia.

- En el *ámbito de la Unión Europea*, cuya competencia de control pertenece a la Comisión, rige el principio general prohibitivo, pues "serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones" (art. 107.1 TFUE). A pesar de esta norma general prohibitiva, se distinguen determinados supuestos que serán considerados compatibles con el mercado interior (art. 107.2 TFUE) y otros que podrían considerarse compatibles según el caso.
- En el *ámbito interno español* rige el principio general prohibitivo, si bien con una baja intensidad, al disponer que la CNMC podrá analizar los criterios de concesión de las ayudas públicas en relación con sus posibles efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados con el fin de: a) emitir informes con respecto a los regímenes de ayudas y las ayudas individuales (esto también puede ser realizado por las CCAA respecto a las ayudas públicas concedidas por las Administraciones autonómicas o locales en su respectivo ámbito territorial). y b) dirigir a las Administraciones Públicas propuestas conducentes al mantenimiento de la competencia. Asimismo, podrá requerir cualquier información en relación con los proyectos y las ayudas concedidas por las Administraciones públicas.