

# REMEDIOS Y OBLIGACIONES IMPUESTOS POR LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

## REMEDIES AND OBLIGATIONS IMPOSED BY COMPETITION AUTHORITIES

FRANCISCO MARCOS

*Profesor de Derecho Mercantil  
IE Law School \**

Recibido: 09.10.2017 / Aceptado: 08.11.2017

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4125>

**Resumen:** Ante la comisión de conductas que infrinjan las prohibiciones de prácticas anticompetitivas y con la finalidad de detener la infracción y de restaurar las condiciones de competencia en el mercado, la Comisión Europea, la CNMC y las autoridades autonómicas de defensa de la competencia pueden imponer remedios correctivos distintos de las multas. Este trabajo revisa estos remedios que, para el cese de la infracción y el restablecimiento de la legalidad, la eliminación de las distorsiones a la competencia y la prevención de futuras conductas anticompetitivas pueden adoptarse en las decisiones de las autoridades de defensa de la competencia dentro de los procedimientos administrativos sancionadores. Junto a las órdenes de cesación en la conducta prohibida, que la paralizan y re-establecen la legalidad, existen otros remedios destinados a restaurar la libre competencia en el mercado, removiendo sus efectos y previniendo que vuelvan a ocurrir en el futuro. Este trabajo examina la extensa variedad de remedios obligacionales que se han adoptado por las autoridades de defensa de la competencia y los problemas que suscitan en la práctica.

**Palabras clave:** Derecho de Defensa de la Competencia, España, CNMC, Autoridades autonómicas de defensa de la competencia, Falseamiento de la Competencia, Aplicación Pública, Infracción, Conducta Anticompetitiva, Remedio, Medidas Cautelares, Cesación, Remoción de efectos, Obligación estructural, Obligación de conducta, Desinversión, Proporcionalidad.

**Abstract:** Aimed at ending the infringements and restoring the free market competitive conditions there are other corrective remedies different to fines that the European Commission, the National Markets and Competition Commission (NMCC) and the Spanish regional competition authorities can impose when a violation of the prohibitions of anticompetitive behavior has been found. This paper conducts a survey of these remedies, which inspired in the reestablishment of legality, the elimination of the distortions to competition and in the prevention of future anticompetitive actions, may be adopted by competition authorities. Aside from ceasing orders of the forbidden conducts, which paralyze them and re-establish the legal order, there are other remedies aimed at restoring free competition in the market, removing the effects of anticompetitive conducts and preventing them from happening again in the future. This paper examines the wide variety of obligations that have been adopted as remedies by competition authorities and the problems they have raised in practice.

**Keywords:** Competition Law, Spain, NMCC, Regional Competition Authorities, Distortion of Competition, Public Enforcement, Violation, Anticompetitive Conduct, Remedy, Injunction, Interim Measures, Cease, Removal of Effects, Divestiture Orders, Divestments, Proportionality.

---

\*Francisco.marcos@ie.edu. Actualizado a 1 de Octubre de 2017. Este trabajo está destinado a la publicación en el libro *La lucha contra las restricciones de la competencia: sanciones y remedios en el Ordenamiento Español*, coord. ANTONIO ROBLES, (ed. Comares) 2017.

**Sumario:** I. Introducción. II. El restablecimiento de la legalidad, la remoción de los efectos negativos en el mercado y la prevención de futuras infracciones. 1. Características y principios comunes. 2. Ámbito territorial. III. Las medidas cautelares. IV. La cesación de la conducta prohibida. V. La imposición de remedios obligacionales. 1. Remedios convencionales vs. Remedios coercitivos. 2. Remedios curativos vs. Remedios preventivos. 3. Infracciones que suelen conllevar la imposición de remedios obligacionales. 4. Imposición de remedios cuasi-regulatorios. 5. Diseño de los remedios obligacionales: Contenido de las obligaciones. A). Obligaciones estructurales. B). Obligaciones de comportamiento. a). Obligaciones de conducta negativa (prohibiciones). b). Obligaciones de conducta positiva. i). Obligación de contratar. ii). Obligación de modificar un contrato. iii). Obligaciones de comunicación/publicidad de la decisión de la autoridad. iv). Obligaciones de licencia o sub-licencia de Derechos de Propiedad Intelectual e Industrial (DPII). v). Obligación de restitución y reembolso de los beneficios ilícitos obtenidos o de compensar daños. vi). Otras obligaciones. 6. Control del cumplimiento de los remedios obligacionales. VI. La remoción de los efectos contrarios al interés público. VII. Conclusiones.

*“The primary objective of any antitrust remedy is to halt the defendant’s anticompetitive behavior so consumers can enjoy the benefits of competition”<sup>1</sup>*

## I. Introducción

1. Las conductas anticompetitivas prohibidas en la legislación de defensa de la competencia comprenden acuerdos, actuaciones y decisiones de los agentes económicos en el mercado que falsean y distorsionan su libre funcionamiento, eliminando o reduciendo la competencia, y perjudicando el bienestar del consumidor<sup>2</sup>.

2. Con el propósito de prevenir, evitar esas conductas y corregir sus efectos, cuando detecten y acrediten la comisión de una infracción, las autoridades administrativas encargadas de la aplicación de las prohibiciones pueden adoptar diversas medidas reactivas<sup>3</sup>.

3. En el fondo, la adopción de estas medidas constituye una manifestación del vigor y la eficacia del Derecho de defensa de la competencia, difundiendo públicamente información sobre la comisión de una infracción y sobre el compromiso de la autoridad de defensa de la competencia con la investigación y persecución de las infracciones<sup>4</sup>. Al margen de sus efectos sobre el destinatario específico sometido a estos remedios, condicionando siempre sus estrategias y sus incentivos de conducta en el

<sup>1</sup> R. W. CRANDALL / K. G. ELZINGA “Injunctive Relief in Sherman Act Monopolization cases” (2004) *Antitrust Law and Economics: Research in Law & Economics* 21, p. 277.

<sup>2</sup> A los efectos de este trabajo, las prohibiciones de conductas anticompetitivas son los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE, DOC326 de 26 de octubre de 2012) y los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC, BOE159 de 4 de julio de 2007).

<sup>3</sup> De hecho, frente a las consecuencias de la aplicación privada de las prohibiciones de conductas anticompetitivas (normalmente en vía judicial a través de una reclamación de daños y perjuicios), bien puede considerarse que la aplicación pública constituye en sí misma y en su integridad un “remedio” general contra las conductas anticompetitivas, como hace W.E. KOVACIC “Designing Remedies for Dominant Firm Misconduct” (1999) *Connecticut Law Review* 31, pp. 1288-1292 (que subraya, citando varios ejemplos, la distracción e inhibición que, espontáneamente, pueden provocar en la empresa denunciada el inicio y la pendencia de la investigación por las autoridades de defensa de la competencia).

<sup>4</sup> Este “mensaje” o “señal” que la autoridad de defensa de la competencia envía a través de sus decisiones en los procedimientos sancionadores, trasciende la mera disuasión, y es también reflejo de la actitud social sobre la defensa de la libre competencia (reconocimiento y legitimidad) frente a las vulneraciones de las normas encargadas de su protección, véase R.H. McADAMS *The Expressive Powers of the Law. Theory and Limits*, 2016, pp. 170 y 172-175.

mercado, la expresión de las decisiones de las autoridades se propaga a cualesquiera otros operadores en el mercado al determinar los parámetros y referencias de comportamiento que de ellos se esperan.

4. La vinculación de las medidas reactivas legalmente previstas con la vulneración de las prohibiciones sustantivas y sus efectos en el mercado son esenciales, hasta el punto de que la existencia y el contenido de esas medidas dependen íntegramente del enjuiciamiento y evaluación que se realice de la conducta que se considera prohibida<sup>5</sup>. Los remedios previstos en la legislación de defensa de la competencia varían según la finalidad y objetivos que inspiran a cada uno de ellos, pero frecuentemente se presta atención sobresaliente a las sanciones como contenido más destacado de las resoluciones de las autoridades de defensa de la competencia<sup>6</sup>.

5. Indudablemente, las sanciones administrativas son la principal medida prevista en nuestro Derecho de defensa de la competencia para luchar contra las infracciones de las prohibiciones de conductas anticompetitivas<sup>7</sup>. No en vano las decisiones de las autoridades de defensa de la competencia son el corolario de un procedimiento administrativo sancionador en el que la multa es normalmente el elemento protagonista, destinado a castigar al infractor y dar ejemplo, disuadiéndole a él y al resto de los operadores en el mercado de la comisión de nuevas infracciones<sup>8</sup>.

6. Sin embargo, las multas son sólo una de las posibles reacciones de las autoridades de defensa de la competencia que el legislador prevé para luchar contra las conductas anticompetitivas y proteger la libre competencia en el mercado<sup>9</sup>. En ocasiones la sanción no es procedente porque no concurre la culpabilidad exigida por el Derecho administrativo sancionador para que proceda su imposición<sup>10</sup>. En

<sup>5</sup> Véanse E. M. FOX “Remedies and the Courage of Convictions in a Globalized World: How Globalization Corrupts Relief” (2005) *Tulane Law Review* 80. P. 573 (“*Remedies’ is not a self-sufficient subject. The subject is the antitrust violation. The “remedy” is organically attached to the violation*”); D- A. MELAMED “After Word: The purposes of Antitrust Remedies” (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p 368 (“*The remedy inquiry takes the liability standards as given and addresses the consequences of a violation of those standards*”).

<sup>6</sup> Las referencias a las autoridades de defensa de la competencia en este trabajo comprenden principalmente a la Sala de Competencia de la CNMC [sobre sus funciones, véase art. 14.1.a) del RD 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, BOE209 de 31 de agosto de 2013], aunque se pueden entender aplicables a las autoridades autonómicas de defensa de la competencia (sobre las cuales, véase –aparte de la legislación de creación y rectora de cada una de ellas– el art. 1.3 de la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, BOE46 de 22 de febrero de 2002).

<sup>7</sup> Aunque también hay algunas conductas anticompetitivas cuya realización puede suponer un delito (en tal caso la decisión corresponderá a la jurisdicción penal, con prioridad para ocuparse del asunto, véase art. 46 LDC). Sobre la interacción entre el procedimiento contencioso-administrativo y el proceso penal, y las implicaciones en materia probatoria, permítase la referencia a F. MARCOS “Cesión e Intercambio de pruebas entre investigaciones de defensa de la competencia y procesos penales” (2017) *Revista Española de Derecho Administrativo* 186, 131-161.

<sup>8</sup> Véase J. COSTAS “La imposición de multas por conductas anticompetitivas en España” en ANTONIO ROBLES (dir) *La lucha contra las restricciones de la competencia: sanciones y remedios en el Ordenamiento Español*, 2017, pp. 11-79.

<sup>9</sup> Al referirse al contenido de las decisiones del Consejo de la CNMC (*rectius* normalmente su Sala de Competencia) como órgano resolutorio de los procedimientos sancionadores incoados en aplicación de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, el artículo 53.2 de la LDC incluye una enumeración de otras alternativas para aquéllos casos en los que la resolución estimase que se ha producido una infracción de las citadas prohibiciones [“a) *La orden de cesación de las conductas prohibidas en un plazo determinado*; b) *La imposición de condiciones u obligaciones determinadas, ya sean estructurales o de comportamiento. Las condiciones estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otras de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir condiciones de comportamiento, éstas resulten más gravosas para la empresa en cuestión que una condición estructural*; c) *La orden de remoción de los efectos de las prácticas prohibidas contrarias al interés público*; d) *La imposición de multas y (...)* f) *Y cualesquiera otras medidas cuya adopción le autorice esta Ley*”]. Véase también art. 38.3 del RD 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC, BOE5 de 27 de Febrero de 2008).

<sup>10</sup> P. HELLSTRÖM/ F. MAIER-RIGAUD / F. WENZEL BULST “Remedies in European Antitrust Law” (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 50 (“*A remedy is not intended to punish, and, unlike a fine, the imposition of a remedy does not require a finding of negligence, let alone intent*”). Por eso el resto de los eventuales remedios que se impongan puede cuestionarse judicialmente mediante recurso, al margen de la eventual multa y/o viceversa, variando también el alcance de la posible revisión judicial. C. RITTER “How Far can the Commission Go When Imposing Remedies for Antitrust Infringements?” (2016) *Journal of European Competition Law & Practice* 7, p. 588. En general, sobre la diferente naturaleza y funciones de las sanciones y otras medidas de reestablecimiento de la legalidad, véase A. HUERGO LORA *Las sanciones administrativas*, 2007, pp. 249-266.

otros casos, la multa no es la solución adecuada y más eficaz o, en sí, puede no ser suficiente, lo que aconseja el empleo de otros remedios<sup>11</sup>.

7. En efecto, dado que los procedimientos administrativos de la aplicación de las prohibiciones buscan también eliminar, corregir, evitar o prevenir las conductas anticompetitivas y sus efectos negativos en el mercado<sup>12</sup> –restaurando las condiciones de competencia–, se proporciona a las autoridades de defensa de la competencia remedios de otra naturaleza, que son el objeto de examen en este trabajo<sup>13</sup>. Con fundamento en otras disposiciones, pero con un propósito y técnicas análogas, medidas similares pueden acompañar las decisiones en materia de control de concentraciones<sup>14</sup> y de ayudas de Estado ilícitas<sup>15</sup>.

8. Una comprensión adecuada de estos remedios y de su utilización por las autoridades de defensa de la competencia aconseja, con carácter previo, referirse globalmente a ellos como medidas destinadas a restablecer la legalidad, restaurando y protegiendo la libre competencia, y a corregir y prevenir las infracciones y sus efectos negativos en el mercado (*infra* §II). De hecho, cuando las autoridades de competencia inician su investigación e incoan un procedimiento sancionador ante los indicios de la comisión de una posible infracción, la eventual adopción de medidas cautelares no supone otra cosa que adelantar la imposición de algunos de estos remedios, protegiendo o conservando la competencia y asegurando la efectividad de su eventual resolución final, anticipando algunos de los posibles remedios que aquéllas puedan decidir (*infra* §III).

9. Después, una vez concluido el procedimiento, con el propósito de restablecer el orden tras la infracción, paralizando de manera inmediata la distorsión y el falseamiento de la competencia provocado por el comportamiento del infractor, la decisión final de las autoridades de defensa de la competencia obliga siempre al cese en las conductas anticompetitivas si estas todavía continuaran realizándose (*infra* §IV). Por tanto, la reacción prevista por la LDC es relativamente simple, y consiste en el re-establecimiento de la legalidad mediante el cese de la infracción. Paralelamente, en el plano privado se establece la inoponibilidad de las cláusulas o condiciones anticompetitivas (automáticamente para los conductas plurilaterales conforme al art. 1.2 de la LDC)<sup>16</sup>, existiendo otras posibles consecuencias civiles de las

<sup>11</sup> Porque “*a deterrent penalty is insufficient to end the defendant’s illegal conduct and restore competitive conditions*” [WILLIAM H. PAGE “Optimal Antitrust Remedies: A Synthesis” en R. D. BLAIR / D. DANIEL SOKOL (eds) *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, 2015, 266].

<sup>12</sup> “[t]ypically, remedies aim to stop a violator’s unlawful conduct, its anticompetitive effects, and their recurrence, as well as to restore competition” (OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2006, 18).

<sup>13</sup> La relativa uniformidad en los distintos países de las prohibiciones de conductas anticompetitivas se ha visto acompañada de una creciente convergencia y homogeneización de los remedios frente a ellas, véase H. FIRST “Your Money and Your Life: The Export of U.S. Antitrust Remedies” en D. D. SOKOL/ T. K. CHENG / I. LIANOS (eds.) *Competition Law and Development*, 2013, pp. 167-181 (que centra su análisis en la criminalización y las reclamaciones de daños que, supuestamente, son los dos remedios en los que existe una mayor divergencia).

<sup>14</sup> En materia de control de concentraciones, se trata de los compromisos propuestos por el notificante o de las condiciones impuestas por el órgano encargado de decidir la concentración en cada caso [véanse arts. 57.2.b), 58.2.c), 59, 60.1.d), 60.3.b) y 60.4.a) de la LDC y considerando 30 y arts. 6.1.b), 6.2 y 8.2 del Reglamento (CE) 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DOL 24 de 29 de Enero de 2004)]. De hecho, no es infrecuente que los principios y análisis de los remedios estructurales y de comportamiento en materia de concentraciones se extienda a los procedimientos sancionadores (véanse, por ejemplo, *infra* n74, 139, 140 y 153).

<sup>15</sup> Véase art. 7.4 del Reglamento (CE) 659/1999 del Consejo de 22 de marzo de 1999 por el que se establecen disposiciones de aplicación del artículo 93 (DOL 83 de 27 de Marzo de 1999): “*La Comisión podrá disponer que su decisión positiva vaya acompañada de condiciones para que la ayuda pueda considerarse compatible con el mercado común y establecer obligaciones que le permitan controlar la observancia de dicha decisión (denominada en lo sucesivo “decisión condicional”*. Aunque el componente de reorganización del mercado y de eliminación de las distorsiones sea común, existe no obstante alguna diferencia sustancial derivada de la naturaleza y rasgos de las distorsiones que provocan las ayudas de Estado, véanse P. ANESTIS “State Aid and Antitrust Remedies: Anything in Common?” (2012) *European Law State Aid Quarterly* 3/2012, pp. 554-555 y S. CROME / A. SÖLTER “Conditional decisions and EC State aid law: The MobilCom case” *Competition Policy Newsletter* 3/2004, pp. 55-57.

<sup>16</sup> Sobre la nulidad de los acuerdos anticompetitivos o de aquellas imposiciones que sean abusivas, véase la contribución de C. HERRERO “La nulidad de las conductas anticompetitivas” en ROBLES (coord.) *La lucha contra las restricciones de la competencia: sanciones y remedios en el Ordenamiento Español*, 2017, 225-270.

infracciones en el plano contractual o extracontractual que se desarrollan a través de la aplicación privada (declaración de nulidad, medidas cautelares, indemnización de daños)<sup>17</sup>.

**10.** Adicionalmente, la restauración de la situación previa a la conducta infractora y la imposición de condiciones que aseguren el retorno a la situación competitiva, previniendo futuras infracciones, puede hacer que las autoridades de defensa de la competencia requieran al infractor –prospectivamente– a observar determinada conducta o exijan la adopción de medidas estructurales que determinen o influyan en las condiciones de competencia en el mercado evitando que la infracción se repita (*infra* §V). Finalmente, las autoridades de competencia pueden exigir al infractor la remoción de los efectos negativos de la infracción para el interés público (*infra* §VI).

## II. El Restablecimiento de la legalidad, la remoción de los efectos negativos en el mercado y la prevención de futuras infracciones.

**11.** La proscripción de conductas anticompetitivas por la legislación de defensa de la competencia se acompaña en el plano institucional de la creación de autoridades administrativas encargadas de su detección e investigación<sup>18</sup>.

**12.** La aplicación pública de las normas de defensa de la competencia es la manifestación natural del interés general en garantizar la existencia de mercados competitivos como marco en el que se desarrolla la libertad de empresa (de acuerdo con el art 38 de la Constitución española)<sup>19</sup>. Las autoridades de competencia son las encargadas de detectar, investigar y reaccionar frente a las infracciones de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, reconstruyendo el orden competitivo en el mercado<sup>20</sup>.

**13.** El mandato del legislador a las autoridades administrativas de defensa de la competencia para la detección, investigación y prueba de las conductas anticompetitivas prohibidas persigue diversos objetivos. La sanción es consecuencia natural de cualquier procedimiento sancionador, con el propósito de castigar al infractor y disuadir de la comisión de nuevas infracciones<sup>21</sup>. Junto a la reacción punitiva de las autoridades de defensa de la competencia, y tan importante como aquélla, son el restablecimiento de la legalidad, la eliminación de los posibles efectos negativos que hubiere causado en el mercado la

<sup>17</sup> En coherencia con la mayor predisposición y tradición del sistema norteamericano para la aplicación privada de las normas de defensa de la competencia (véase *infra* n20), los remedios privados y de equidad se imponen también por los jueces, incluso como medidas cautelares [véanse E. MACINTYRE “Antitrust Injunctions: A Flexible Private Remedy” (1966) *Duke Law Journal* pp. 22-40 y D. REICHENBERG “Preliminary Injunctive Relief- Non-merger cases beware?” (2013) *PI Antitrust Chronicle*, March 2013 (1)].

<sup>18</sup> Este encargo es especialmente relevante respecto de las prácticas anticompetitivas más graves (los cárteles) para los cuales el Derecho de defensa de la competencia descansa en autoridades administrativas especializadas la investigación y sanción de las mismas (la aplicación privada y la vía jurisdiccional sólo son concebibles *follow-on*).

<sup>19</sup> Constitución Española, de 6 de diciembre de 1978 (CE) (BOE 311 de 29 de Diciembre de 1978).

<sup>20</sup> Sin embargo, la estructura para la aplicación pública de las prohibiciones de conductas anticompetitivas en Estados Unidos hace que la adopción de los remedios que se analizan en este trabajo corresponda a los jueces y tribunales (con lo que allí se trata de remedios judiciales). Sobre la rica problemática que esta organización institucional suscita véanse A. CHAYES “The Role of the Judge in Public Law Litigation” (1976) *Harvard Law Review* 89:1281-1316 y S. P. STURM “A Normative Theory of Public Law Remedies” (1991) *Georgetown Law Journal* 79: 1335-1446 (esta última desarrolla una teoría que fortalece la legitimidad de los remedios adoptados mediante la deliberación y participación activa de los afectados en su diseño y formulación). Además, la intervención de las autoridades federales [(*Federal Trade Commission* (FTC) o *Department of Justice* (DOJ))] no excluye la intervención de las autoridades *antitrust* de cada Estado que, en esta materia, desempeñan un papel importante para imponer remedios monetarios que faciliten la compensación de los daños sufridos por sus ciudadanos (*parens patriae*), véase *infra* §V.5.B).b).v) y H. FIRST “Delivering remedies: The Role of the States in Antitrust Enforcement” (2001) *George Washington Law Review* 69: pp. 1004-1041.

<sup>21</sup> La protección de la competencia como bien público se manifiesta en la consideración peyorativa que recibe el reincidente, cualificando su eventual repetición de la infracción con un agravante, véase art. 64.2.a) de la LDC y R. ALLENDESALAZAR “Posibles reacciones frente a eventuales restricciones de la competencia” en A. PETITBÓ / S. MARTÍNEZ (dirs) *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, 2008, 22.

conducta prohibida, y la adopción de otras medidas que prevengan la comisión de nuevas infracciones en el futuro, asegurando y conservando la libre competencia<sup>22</sup>.

**14.** Mientras que las multas y las eventuales indemnizaciones de daños son remedios *sustitutivos*, que reemplazan el derecho infringido por una transferencia monetaria al Erario público o a las víctimas de la conducta anticompetitiva, los remedios *restaurativos* suponen una suerte de reparación específica, diseñada a medida de la infracción concreta, y que busca regresar a la situación en el mercado previa a la infracción, evitando que ésta se produzca de nuevo<sup>23</sup>.

**15.** Los remedios que se analizan en este trabajo proporcionan a las autoridades de defensa de la competencia un conjunto heterogéneo de instrumentos para la reparación y preservación del orden concurrencial. El interés público es la “brújula” que inspira y rige su actuación, sin que se atiende a los intereses privados que puedan verse afectados por la infracción. El destinatario de esas medidas es el infractor o los infractores de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, que habrán de cumplirlas y ponerlas en práctica. Adicionalmente, los remedios alternativos a las multas que aquí se examinan, pueden venir acompañados de éstas. No son excluyentes, porque desempeñan funciones y tienen objetivos diferentes. Igualmente, siguiendo el tenor legal pueden conceptualizarse y describirse cada uno de ellos de manera separada (cesación, imposición de obligaciones, remoción de efectos), pero en la práctica no es infrecuente que se utilicen conjuntamente, se solapen entre sí o que existan remedios que pueden desempeñar funciones múltiples, lo que puede hacer difícil el examen aislado de sus objetivos y efectos.

**16.** Los apartados siguientes analizarán por separado cada uno estos remedios de restablecimiento de la legalidad y de la competencia, de restauración y aseguramiento del orden concurrencial libre y preventivos de nuevas infracciones y de remoción de sus efectos negativos. Sin embargo, antes, con carácter general, es preciso detenerse en sus características comunes y en los principios y reglas que todos ellos deben respetar. La legislación confiere a las autoridades de defensa de la competencia una notable discrecionalidad en el recurso a estos remedios y en su diseño y formulación<sup>24</sup>, pero esa potestad no es ilimitada.

## 1. Características y principios comunes

**17.** Desde el mismo momento en que las autoridades de defensa de la competencia detectan una posible infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, es conveniente que anticipen los posibles remedios a imponer si la investigación confirma la ocurrencia de la misma<sup>25</sup>. El conocimiento

<sup>22</sup> Se mezclan objetivos que atienden al ilícito anticompetitivo específico y también al panorama general en el mercado en el que la infracción se produjo [objetivos “micro” y “macro” en la terminología de FOX (2005) *Tulane Law Review* 80, p. 573, que también utilizan I. LIANOS “Competition Law Remedies: In Search of a Theory” en I. LIANOS / D. D. SOKOL (eds) *The Global Limits of Competition Law*, 2012, p. 189 y UNCTAD, *Appropriate sanctions and remedies*, 2010, ¶18]. Desde otra perspectiva y con otra terminología, se puede hablar de “remedios prospectivos” frente a los “remedios punitivos” (multas y prisión), W. H. PAGE “Optimal Antitrust Remedies: A Synthesis” en R. D. BLAIR / D. D. SOKOL (eds) *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, 2015, p. 256.

<sup>23</sup> Véase LIANOS en *The Global Limits of Competition Law*, p. 189 (que habla también de remedios “declarativos”, que no son ni sustitutivos ni reparativos, y que buscan simplemente proporcionar una declaración autorizada sobre los derechos, obligaciones o relaciones jurídicas de las partes).

<sup>24</sup> En Estados Unidos, véase sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 1947 (ponente R. H. Jackson) *International Salt. Co. v. U.S.*, 332 U.S. 392, 400-401 (1947): “They are invested with large discretion to model their judgments to fit the exigencies of the particular case”.

<sup>25</sup> Véase KOVACIC (1999) *Connecticut Law Review* 31, pp. 1310-1311; P. LOWE / F. P. MAIER-RIGAUD “Quo Vadis Antitrust Remedies?” en B. L. HAWK (ed) *Fordham Competition Law Institute 2008*, p. 597; OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2006, p. 18 (“Otherwise, agencies may wind up expending the resources necessary to win the case, only to find that they have not given sufficient thought to the all-important issues of what an effective remedy would be and how it could be implemented”); T. O. BARNETT “Section 2 Remedies: What To Do After Catching The Tiger By The Tail” (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 35 (“it is critical to think hard about what you are going to do with the tiger before you grab its tail. If you cannot do something constructive, you should consider not grabbing it in the first place. And in any event, it is not the best time to determine what to do with the tiger while holding on to its tail”).

del entorno empresarial en el que la infracción habría tenido lugar (industria, infractor, etc.) constituye información que condiciona los remedios que puedan finalmente imponerse por la autoridad.

**18.** Se reconoce notable discrecionalidad a las autoridades de defensa de la competencia en la determinación de los remedios procedentes en cada caso porque las circunstancias que justifican la utilización de cada remedio varían. Es necesario que la autoridad de la competencia evalúe la oportunidad del remedio, porque en ocasiones la mejor decisión puede ser la de confiar en las propias fuerzas del mercado para restaurar la competencia en el mismo<sup>26</sup>. En efecto, si no es posible diseñar un remedio que corrija la infracción, o existe el riesgo de que produzca efectos no deseados, es mejor evitarlo<sup>27</sup>. Además, no está justificado que las autoridades de competencia intervengan con el propósito de modificar las pautas de competencia en el mercado al margen de la infracción cometida<sup>28</sup>.

**19.** El diseño de los remedios debe partir, siquiera someramente, de un análisis económico del mercado, de su contexto y de su evolución histórica, de los efectos de los remedios en su funcionamiento y de la eventual reacción de los afectados a los mismos<sup>29</sup>. Ello explica la necesaria flexibilidad de su régimen jurídico. Inevitablemente esto puede suponer una relativa incertidumbre para los operadores afectados<sup>30</sup>, aunque ello se compense con el hecho de que los remedios más intervencionistas (la imposición de obligaciones de comportamiento y de estructura) se produzcan normalmente tras un acuerdo en un procedimiento transaccional<sup>31</sup>.

**20.** Los remedios deben estar estrechamente conectados con la conducta prohibida y sus efectos<sup>32</sup>. Deben ser necesarios para el objetivo de detener la infracción, restaurar la legalidad y el orden concurrencial, asegurando la libre competencia en el mercado y previniendo de la comisión de nuevas infracciones. Sin embargo, no se puede descartar que el resultado de la implementación del remedio sea una mejora en la situación competitiva que existía en el mercado antes de la infracción<sup>33</sup>.

**21.** Los remedios deben ser eficaces y adecuados para los objetivos que se marcan, deben ser proporcionales, sin suponer un coste o una carga excesivos para conseguir esa finalidad<sup>34</sup>.

**22.** Como ocurre con otras reacciones prescritas por el legislador ante la infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, los remedios que se examinan en este trabajo, pueden tener

<sup>26</sup> Véanse S. WEBER WALLER “The Past, Present, and Future of Monopolization Remedies”(2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 20 (“inaction is also the proper strategy if the likelihood of erroneous conclusions, the lack of a viable remedy, or the possibility of a quicker market response outweighs the alleged harms and potential gains from litigation”) y M. OHLHAUSEN “The Federal Trade Commission: The Path Ahead” (2017) *The Criterion: Journal on Innovation* 2, p. 32.

<sup>27</sup> Refiriéndose a los remedios contra los abusos de dominio, véase BARNETT (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 33 (“a bad section 2 remedy risks hurting consumers and competition and thus is worse than no remedy at all”).

<sup>28</sup> Véase OHLHAUSEN (2017) *The Criterion: Journal on Innovation* 2, p. 31 (“competition enforcers should not intervene simply because they dislike certain market outcomes”).

<sup>29</sup> Véase KOVACIC (1999) *Connecticut Law Review* 31, p. 1311. En muchos casos, las autoridades imponen remedios complejos sin entender correctamente el mercado, su dinámica y previsible evolución y, lo que es más grave, sin beneficiar a los consumidores, véase CRANDALL / ELZINGA (2004) *Antitrust Law and Economics: Research in Law & Economics* 21, p. 336-337.

<sup>30</sup> Véase H. A. SHELANSKI & J. G. SIDAK “Antitrust Divestiture in Network Industries” (2001) *University of Chicago Law Review* 68, p. 56 (“case law on remedies does not, in the end, provide a set of axioms that can be applied systematically to the choice among antitrust remedies”).

<sup>31</sup> Véase *infra* §V.1.

<sup>32</sup> Véase *infra* §V.4. Las autoridades de defensa de la competencia deben evitar la tentación de imponer remedios sin conexión con la infracción y sus efectos en el mercado “the decision maker might be tempted to engineer a market outcome that economic theory would recognize as efficient, notwithstanding the absence of a direct link with the ascertained violation of competition law” [LIANOS en *The Global Limits of Competition Law*, p. 177].

<sup>33</sup> Véase LIANOS en *The Global Limits of Competition Law*, 2012, p. 183 (“it is possible to adopt remedies that impose a better, from a wealth maximization perspective, competitive equilibrium than the one existing prior to the occurrence of the specific illegal practice”).

<sup>34</sup> Véase LIANOS en *The Global Limits of Competition Law*, 2012, p. 179 (“the cost of remedies should not outweigh the consumer benefit they achieve”).

tanto una proyección retrospectiva como prospectiva. La inevitable conexión del remedio con el interés público afectado por la infracción y su adecuada protección y reparación explica esta doble perspectiva.

23. En efecto, el carácter retrospectivo es evidente en las órdenes de cese y de remoción de efectos, que miran al pasado, intentando detener la conducta prohibida y paralizar o remover los efectos negativos de una conducta anticompetitiva prohibida<sup>35</sup>. En cambio, aunque la imposición de obligaciones estructurales y de conducta exige referirse a la situación previa a la infracción para restaurar las condiciones de competencia que se han visto afectadas por ella<sup>36</sup>, en el fondo presentan un carácter netamente prospectivo<sup>37</sup> en la medida que buscan restablecer las condiciones de libre competencia y prevenir que la conducta prohibida se repita en el futuro<sup>38</sup>.

## 2. Ámbito territorial de los remedios

24. Por otro lado, como ocurre con las multas y con cualquier otra decisión de las autoridades administrativas en el marco del procedimiento sancionador, la potestad de las autoridades de defensa de la competencia de imponer remedios exige que no excedan del ámbito territorial legalmente establecido para el ejercicio de sus competencias. Así ocurre con las multas, que castigan conductas que afectan al mercado nacional, que es presupuesto de la aplicación de las prohibiciones de conductas anticompetitivas en la LDC<sup>39</sup>. Esta circunstancia se observa con particular nitidez en el resto de los remedios que se analizan en este trabajo, en los que la concreta finalidad correctiva o reactiva frente a la conducta infractora perseguida (cese, remoción, restitución, imposición de obligaciones) se refiere al mercado nacional. Se trata una manifestación lógica de las exigencias del principio de cortesía internacional, del respeto a las competencias de las autoridades de otros Estados y de las limitaciones que afrontan las autoridades nacionales de competencia en el ejercicio de sus potestades más allá de su ámbito jurisdiccional<sup>40</sup>. En efecto, es lógico y natural que los remedios que se impongan se construyan a partir de la presencia del destinatario y obligado por los mismos bajo la “jurisdicción” de la autoridad de defensa de la competencia, y debe comprender condiciones que ciñan su respuesta a la infracción en España (y que, por definición, haya producido efectos allí)<sup>41</sup>, evitando que los remedios tengan efectos extra-jurisdiccionales<sup>42</sup>.

<sup>35</sup> El carácter retrospectivo es todavía más claro e indudable en el caso de la compensación de daños, que exigen acreditar que la conducta anticompetitiva ha producido en el pasado un perjuicio que debe ser reparado.

<sup>36</sup> “*intentan arreglar (remediar) algo que se ha hecho mal en el pasado*”, como dice F. DIEZ ESTELLA “Remedios, condiciones y obligaciones impuestas al término de un expediente sancionador” en PETITBÓ / MARTÍNEZ (dirs) *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, p. 105-106.

<sup>37</sup> Miran hacia el futuro, y no presentan el componente disuasorio de las sanciones, su objetivo es mejorar el bienestar social, véase PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol.1, 2015, p. 265.

<sup>38</sup> El carácter prospectivo es esencial en los mercados dinámicos y de nuevas tecnologías. Sólo así pueden los remedios ser eficaces frente a un operador dominante (*Microsoft*) que reacciona frente a empresas (*Netscape* y *Java*) que desarrollan tecnologías nacientes que podrían cuestionar su posición en el mercado, véase C. SHAPIRO “Microsoft: A remedial Failure” (2009) *Antitrust Law Journal* 75, pp. 744-748 (lo que también acentúa la relevancia en estos casos de las medidas cautelares).

<sup>39</sup> Es cierto que la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE llevará a la CNMC a sancionar conductas que necesariamente afecten al comercio entre los Estados Miembros, pero la necesidad de que el mercado español sea afectado es imprescindible para que la CNMC intervenga. Como es sabido, la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia (DO C101 de 27 de Abril de 2004) considera el territorio sobre el que las autoridades nacionales ejercen sus potestades como el vínculo material que ha de regir la asignación de la competencia para investigar y decidir una posible infracción (véanse ¶¶ 10-12).

<sup>40</sup> Véase B. BARAK *The Application of the Competition rules (Antitrust Law) of the European Economic Community to enterprises and arrangements external to the Common market*, 1981, pp 273-303 y 363-366 y, más en general, J. R. PAUL “The transformation of international comity” (2008) *Law & Contemporary Problems* 71, pp. 28-38.

<sup>41</sup> Aunque la cuestión dista de ser simple, en general véase, PAUL B. STEPHAN “International Law and Competition Policy” en T. K. CHENG/ I. LIANOS / D. D. SOKOL (eds) *Competition and the State*, 2014, 121-133. Así, por ejemplo, en el marco de un procedimiento de terminación convencional nada obsta para que los compromisos voluntariamente acordados con las empresas se extiendan a mercados y países que habían sido objeto de la investigación y del procedimiento sancionador inicial iniciado por la autoridad de defensa de la competencia, véase decisión de la Comisión Europea de 22 de junio 2005 (COMP/39116-Coca-Cola).

<sup>42</sup> Esta exorbitancia se observa últimamente, por ejemplo, en los remedios de comportamiento impuestos por la FTC norteamericana consistentes en la prohibición de solicitar (salvo supuestos excepcionales) en cualquier lugar del mundo medidas cautelares a los titulares de derechos de patente de estándares esenciales (SEP) sobre los que hubieran concedido una licencia

Esta problemática se acentúa cuando la creciente interconexión de los mercados nacionales y la idiosincrasia de la conducta infractora dificultan la formulación y el diseño de remedios que no tengan efectos extraterritoriales<sup>43</sup>.

### III. Las medidas cautelares

**25.** En cierta manera, las medidas cautelares que pueden adoptar las autoridades de competencia constituyen una muestra temprana del contenido de los remedios que se impongan por la autoridad de defensa de la competencia en la decisión final una vez concluido el procedimiento sancionador<sup>44</sup>. Esta anticipación es particularmente necesaria en las industrias dinámicas en las que los efectos de las prácticas presuntamente anticompetitivas pueden consolidarse con rapidez y hacer difícil cualquier reacción ulterior. Además, las medidas cautelares constituyen una oportunidad para probar la operatividad y eficacia de los eventuales remedios que finalmente se impongan por la autoridad<sup>45</sup>.

**26.** En efecto, una vez incoado el procedimiento sancionador (porque hubiera indicios racionales de la realización de conductas anticompetitivas prohibidas), las autoridades de defensa de la competencia pueden imponer medidas cautelares que preludien alguno de los remedios de la resolución final<sup>46</sup>. La necesidad y urgencia de evitar que la perturbación anticompetitiva continúe y la demora que puede experimentar la investigación por las autoridades de competencia abogan por otorgarles la potestad de aprobar medidas provisionales<sup>47</sup>.

**27.** Para ello ha de tratarse de medidas accesorias al procedimiento principal, la accesoriedad de las medidas cautelares supone que los remedios que provisionalmente se adopten han de tener necesaria-

---

en términos justos, razonables y no discriminatorios (FRAND). Véase *Final Order (24 Julio de 2013), Motorola Mobility LLC & Google Inc., FTC File No. 121-0120*, 5. En general, críticamente sobre este exceso y los riesgos de propagación y contagio del error de una jurisdicción derivados de esta extraterritorialidad, KOREN WONG-ERVIN/ B. H. KOBAYASHI/ D. H. GINSBURG / J. D. WRIGHT "Extra-jurisdictional remedies involving patent licensing" (2016) *Competition Policy International* (Diciembre), pp. 7-8.

<sup>43</sup> Lo que puede ocurrir con mayor frecuencia en los mercados y en las transacciones en internet, pero véase J. GOLDSMITH / T. WU *Who controls the Internet? Illusions of Borderless World*, 2006, pp. 155 ("whichever nation's law ends up applying to transnational activity will inevitably have indirect effects in another state"), 156 ("A government's responsibility for redressing local harms caused by a foreign source does not change because the harms are caused by an Internet communication. Cross-border harms that occur via the Internet are not any different than those outside the Net. Both demand a response from governmental authorities charged with protecting public values") y 161 ("When corporate activity causes cross-border harm, nations can, and will, assert their regulatory authority. The threat of multiple regulatory exposure will not, as many have histrionically claimed, destroy the Internet. Firms will have to filter content geographically to comply with local law for only a small fraction of their communications. This will impose costs on multinational Internet firms, which will have to adjust to this cost of business just as real-space multinationals do. In light of the Internet's many efficiencies, this cost will be trivial in the long run").

<sup>44</sup> Sobre las medidas cautelares decididas por la Comisión Europea, véase artículo 8 del Reglamento (CE) 1/2003 de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DOL de 4 de Enero de 2003) y Auto del TJUE de 17 de enero de 1980 (*Camera Care c. Comisión, As. 792/79R ECLI:EU:C:1980:18*). Las concede excepcionalmente (el precepto aún no se ha aplicado en su formulación actual) y prefiere que sean las autoridades nacionales de competencia y los jueces nacionales los que lo hagan, véase R. WHISH / D. BAILEY *Competition Law*, 8ªed. 2015, p. 268. Ampliamente, véase J.-Y. ART "Interim relief in EU Law: A matter of relevance" (2015) *Italian Antitrust Review* 1, pp. 55-72 (la mayoría de las concedidas, bajo la vigencia del Reglamento 17/1962, conceden el acceso a infraestructuras esenciales).

<sup>45</sup> LOWE / MAIER-RIGAUD *Fordham Competition Law Institute* 2008, p. 610.

<sup>46</sup> Véase artículo 54 LDC y artículos 40 y 41 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia-RDC (BOE50 de 27 de Febrero de 2008). El incumplimiento de las medidas cautelares podrá ser sancionado con multas coercitivas [arts. 67.g) LDC y 41.6 RDC]. Véase R. FERNÁNDEZ FLORES "Medidas cautelares en los Procedimientos Sancionadores ante la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia", WP SSRN, 30 de abril de 2014.

<sup>47</sup> Véase FD3º de la RCNC de 7 de mayo de 2008 (MC/0001/08 *Residuos sanitarios 2*, ponente F. Torremocha), porque la vigencia del pacto de no competencia cuya legalidad se discute no se prolongue mucho respecto del plazo final de tramitación del expediente y, además, "durante el tiempo de la tramitación del expediente está prevista la adjudicación de varios concursos públicos a los que, de mantenerse vigente el pacto de no competencia (y las indemnizaciones pactadas por eventual incumplimiento), el denunciante no se podrá presentar con el consiguiente perjuicio a la lucha competitiva (y, por ello, al interés público encomendado a la administración que convoca el concurso) como bien jurídico tutelado por la Ley de Defensa de la Competencia".

mente relación con lo que se decide en aquel, sin extenderse a cuestiones diferentes<sup>48</sup>. Su accesoriadad también se manifiesta en que su contenido no suponga en sí el enjuiciamiento del fondo del procedimiento sancionador incoado, que sólo será posible tras la tramitación de todo el expediente<sup>49</sup>. Además, el carácter preliminar de las medidas cautelares supone que para su adopción no sea necesario que la calificación jurídica de la infracción que se investiga sea precisa<sup>50</sup>.

**28.** Con carácter general, la adopción de estos remedios cautelares se decide por la autoridad de defensa de la competencia a solicitud de parte (normalmente del denunciante, interesado en el cese de una conducta o en la obligación de forzar al denunciado a cierto comportamiento) y, en la práctica, suponen la imposición provisional a los operadores investigados de condiciones destinadas a asegurar la decisión de la autoridad, preservando la competencia o evitando que se verifiquen efectos negativos en el mercado de las conductas que se investigan<sup>51</sup>. La toma en consideración del interés de los consumidores y del interés público en la liberalización de un determinado mercado también puede llevar a la concesión de medidas cautelares<sup>52</sup>.

**29.** Las medidas cautelares son excepcionales y se suelen adoptar en condiciones de urgencia<sup>53</sup>, con eficacia temporal limitada hasta la adopción de la decisión final por la autoridad. En efecto, no

<sup>48</sup> FD2º de la RTDC de 24 de febrero de 1997 (MC19/96 AENOR, ponente Luis Berenguer): “*ha de significar igualmente que las medidas cautelares deben estar en relación con aquello que se dilucida en el expediente principal, pues de no ser así se les concedería a las medidas cautelares una sustantividad que habría de resultar improcedente. Ha de entenderse en consecuencia que para que no exista una infracción del principio de accesoriadad las medidas cautelares no pueden versar ni extenderse a cuestiones diferentes a las que se refiere el expediente principal*”. En el caso una de las medidas propuestas (la suspensión de la aplicación de las normas que reducen el diámetro del alambrión) no guardaba relación con la cuestión debatida en el procedimiento principal (barreas de entrada impuestas por AENOR y el Comité de Certificación).

<sup>49</sup> No procede la medida cautelar si su concesión prejuzga el fondo de la decisión final, véanse FD3º de RTDC de 21 de marzo de 2002 (MC 34/02 FEDIFAR, ponente J.J. Franch) y RTDC de la ACCO de 26 de octubre de 2016 (MC6/2016 Taxi-metros, ponente J.Mª Arauzo).

<sup>50</sup> Como ocurrió en la RTDC de 30 de Mayo de 2006 (MC 35/06 Excursiones Puerto de Sóller, ponente J. Costas) que, por la denuncia de Tramontana, S.A. de presiones sobre determinadas agencias consistentes en la subordinación de horarios y plazas en el ferrocarril de Sóller a la contratación del trayecto en barca de la excursión “Vuelta a la Isla” con “Barcos Azules”, ordenó a Ferrocarril de Sóller, S.A. y a Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L. a que cesasen en su conducta de subordinar la obtención de horarios, plazas y descuentos sobre la tarifa vigente del tren en el tramo ferroviario de la excursión “Vuelta a la Isla” a la contratación del tramo en barco con la naviera Excursiones Marítimas Puerto de Sóller, S.L. (“Barcos Azules”). Se discutía si se trataba de una infracción del artículo 1 o del artículo 6 de la LDC. La resolución fue confirmada en todos sus extremos por SAN de 7 de marzo de 2008 (ponente M. Pedraz, ECLI: ES:AN:2008:695). La RTDC de 6 de abril de 2007 (611/06 Excursiones Puerto de Sóller, ponente J. Costas, voto particular de F. Torremocha) confirmó el orden de cese en esa conducta tras estimar que la conducta constituía un abuso de posición dominante (desde su posición de concesionaria en exclusiva de la línea de ferrocarril de servicio público Palma-Sóller-Puerto de Sóller). La STS de 6 de Marzo de 2012 (ponente M. Campos, ECLI: ES:TS:2012:1650) anuló la resolución. Por otro lado, la RCNC de 8 de junio de 2008 (633/07 Creuers de Sóller, ponente Mª J. González) condenaría tanto a Tramontana S.A. como a Excursiones Puerto de Sóller, S.A. por un acuerdo de reparto de mercado.

<sup>51</sup> Véase FD3º de la RCNC de 24 de febrero de 2013, MC/0007/12 Criadores de Caballos, ponente I. Gutiérrez: “*las medidas cautelares pueden ser anticipatorias de la Resolución y no meramente conservativas. Es decir, aquellas que tratan de provocar la satisfacción anticipada de la pretensión sin tener que esperar al fallo definitivo. “En estos casos el peligro de mora no es tanto el riesgo de que se sobrevenga una circunstancia que impida la futura ejecución o la convierta en inútil, como sería predicable de aquellas medidas puramente conservativas, sino de poner fin a un daño efectivo en el derecho protegido o, si se quiere, evitar el peligro de que ese daño aumente...”* (cita omitida).

<sup>52</sup> FD2º de RCNC de 26 de Junio de 2012 (MC/006/12 Tanatorios de Coslada SAMAD 12/2010, ponente Mª J. González): “*se procura que los usuarios de las salas del tanatorio del municipio de Coslada tengan unos servicios adecuados mientras dure la instrucción del expediente de referencia, al mismo tiempo que se garantiza el cumplimiento de la normativa vigente estatal en materia de liberalización de los servicios funerarios*”, obligando a la empresa gestora del tanatorio de Coslada (Mémora) a abstenerse de denegar la utilización de la sala velatorio a cualquier empresa autorizada a la prestación de servicios funerarios aunque no tengan licencia del Ayuntamiento de Coslada.

<sup>53</sup> La brevedad prevista en el procedimiento de resolución de las medidas cautelares y para su eventual revisión es muestra clara de la urgencia que las inspira, véanse los plazos tasados de tramitación y decisión (incluyendo el silencio negativo) en los arts. 41.1 a 41.4 del RDC. La derogada Ley 16/1989, de 17 de Julio, de Defensa de la Competencia (BOE170 de 18 de Julio de 1989) era más rotunda y detallada en este punto, previendo expresamente una duración máxima de 6 meses (art. 45.6) y la posible revisión de las mismas (art. 45.5), véase FD5º, 7º y 8º de RTDC de 27 de julio de 1998 (MC27/98 Igualatorio Médico Vizcaya, ponente L. Berenguer). La vigente regulación fija la duración máxima en la fecha de adopción de la resolución que ponga fin al procedimiento, conservando la facultad de revisión de las mismas (art. 41.5 del RDC).

tienen vocación de permanencia, ya que por definición se conciben como provisionales. Esta provisionalidad se manifiesta tanto en su duración limitada en el tiempo como en la posibilidad de que sean modificadas porque varíen las condiciones que motivaron su adopción.

**30.** Al margen del necesario interés público<sup>54</sup>, la adopción de medidas cautelares requiere la apariencia de la existencia de la conducta anticompetitiva prohibida (*fumus delicti commissi*)<sup>55</sup>, un derecho aparente de la víctima de la infracción (*fumus boni iuris*)<sup>56</sup> y un perjuicio grave e irreparable para la competencia en el mercado que se derive de la aparente infracción (*periculum in mora*)<sup>57</sup>. Si el perjuicio no es irreparable, las autoridades de competencia denegarán la medida solicitada<sup>58</sup>.

**31.** Asimismo, como una manifestación del necesario equilibrio con los derechos de las partes investigadas por las autoridades de defensa de la competencia, que han de respetarse en la utilización de este instrumento; en ningún caso se pueden adoptar medidas cautelares que ocasionen un perjuicio irreparable o impliquen violación de derechos fundamentales<sup>59</sup>.

**32.** Las medidas cautelares persiguen mantener el *status quo* precedente<sup>60</sup>: están dirigidas a ase-

<sup>54</sup> Véase FD4º de la RCNMC de 18 de mayo de 2017 (MC/004/16 ICAM Colegiación, sin ponente): “En el supuesto que nos ocupa [...]no se desprende que la conducta denunciada pudiese afectar a un colectivo de personas, en concreto a otros abogados de Madrid que hayan solicitado la colegiación en las mismas circunstancias que el denunciante, sino que podría tratarse de un específico conflicto inter partes entre el concreto denunciante y el ICAM denunciado que podría resolverse por las instancias jurisdiccionales oportunas”. Aunque, como dice el FD3º de la RTDC de 18 de julio de 1996 (MC10/96 Airtel/Telefónica, ponente J.M. Fernández) “si el acto es contrario al interés público de la competencia y afecta a su vez intereses privados, también resultarán protegidos éstos”.

<sup>55</sup> “[B]asta con que exista una razonable probabilidad de que las conductas denunciadas, que ha de enjuiciar la resolución final, sean ciertas y constituyan infracción de la LDC” (FD3º de la RCNC de 24 de febrero de 2013, MC/0007/12 Criadores de Caballos, ponente I. Gutiérrez). Lo que no ocurre, en cambio, cuando la medida solicitada se refiere a actuaciones que no suponen una posible vulneración de la LDC (RCNMC de 26 de Noviembre de 2015, MC/AJ/002/15 Madrid City Tour, sin ponente). La exigencia legal radica en la “verosimilitud o posibilidad a partir de la información de que se dispone en el expediente sancionador y en el accesorio de medidas cautelares, sin que se pueda pretender que exista prueba de la misma sin ningún género de dudas; es decir, debe existir una cierta seguridad respecto de la existencia de los hechos denunciados y de su aparente prohibición por la LDC, siendo la libre competencia en el mercado el derecho objeto de la tutela cautelar” (FD3º de RTDC de 30 de mayo de 2006, MC 35/06 Excursiones Puerto de Sóller, ponente J. Costas).

<sup>56</sup> Véase, por ejemplo, FD3º de RTDC de 27 de julio de 1998 (MC27/98 Igualatorio Médico Vizcaya, ponente L. Berenguer).

<sup>57</sup> A contrario véanse FD2º de la RCNC de 30 de Septiembre de 2009 (MC004/09 Mediapro/Sogecable, ponente P. Sánchez) y FD2º de la RCNC de 9 de Marzo de 2010 (MC/005/10 COAPI, ponente J. Costas). Lo que ocurrirá por ejemplo si se cierra el mercado por completo como efecto de la práctica anticompetitiva investigada y la conducta imputada en el expediente sancionador principal continúa produciéndose con lo que procede adoptar medidas que preserven la eficacia de la resolución que en su momento se dicte (FD3º *in fine* de la RCNC de 24 de febrero de 2013, MC/0007/12 Criadores de Caballos, ponente I. Gutiérrez). Sin embargo, una vez se adopten medidas que eviten el cierre del mercado: “lo que no puede pretender [el denunciante/solicitante] es obtener en un procedimiento sancionador o cautelar la adopción de medidas que garanticen su contratación, pues esta debe ser decisión de los operadores que libremente actúan en el mercado” (FD3º de la RCNMC de 30 de Abril de 2014, MC/DC/001/14 Criadores de Caballos, sin ponente).

<sup>58</sup> “Aunque la no adopción de medidas cautelares podría suponer un perjuicio para la parte denunciante, no supondría necesariamente la expulsión del mercado. Por lo tanto, los efectos de la conducta que se está valorando no serían en absoluto irreparables y no se cumpliría uno de los requisitos esenciales del *periculum in mora*” [FD5º de la RTDC de la ACCO de 26 de Octubre de 2016, MC/6/2016 Taxímetros, ponente J.Mª Arauzo]. Igualmente, la entrada de la compañía afectada en situación concursal no es necesariamente un perjuicio irreparable, aunque puede serlo si impide el desarrollo de una actividad económica [¶2 del Auto del Presidente del TJUE de 14 de Diciembre de 1999, Holdings für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG et al. c. Comisión CE, C-335/99(R), ECLI:EU:C:1999:608]. La negativa de la medida cautelar de permitir participar una feria, cuando el rechazo a participar en la feria había sido denunciado por ser anticompetitivo, no supone una expulsión del mercado del operador o un compromiso económico irreparable, dado que este no es más que uno de los múltiples instrumentos de promoción que la empresa tiene a su alcance [véase RTDC de la ACCO de 3 de mayo de 2011 (MC3/2011 Patronato Ferias de Mollerusa, ponente A. Matas)].

<sup>59</sup> Véase Artículo 40.2 del RDC (“no se podrán adoptar medidas cautelares que puedan originar perjuicios irreparables a los interesados o que impliquen violación de derechos fundamentales”). Así sobre el carácter desproporcionado de las medidas solicitadas, véase RTDC de 24 de Julio de 1997 (r216/97 Transformadores Eléctricos, ponente J. Hernández).

<sup>60</sup> Así, por ejemplo, pueden imponer la suspensión del acuerdo cuya legalidad se discute en el procedimiento sancionador (RCNC de 30 de junio de 2008 (MC 002/2008 Vinos de Jerez, ponente E. Conde), ordenar provisionalmente el cese de la vigencia del pacto de no competencia firmado con el denunciante que, de aplicarse, supondría la imposibilidad de que se presentase

gurar la eficacia de la resolución final, no a aumentarla<sup>61</sup>. Obviamente, en tanto que suponen un adelanto de algunos de los remedios que la autoridad de competencia puede decidir en su resolución final, las medidas cautelares han de cumplir las mismas condiciones de adecuación, necesidad y proporcionalidad que los remedios obligacionales (*infra* §IV.5.B)<sup>62</sup>.

#### IV. La cesación de la conducta prohibida

**33.** Cuando el resultado de la investigación de las autoridades de defensa de la competencia es la detección y prueba de la comisión de una conducta anticompetitiva prohibida, la decisión final de la autoridad declarará la existencia de infracción. La orden de cese y desistimiento es de carácter declarativo: la autoridad constata que ha habido infracción y este es el punto de partida del resto de los posibles remedios o consecuencias previstas en la ley<sup>63</sup>.

**34.** La declaración de infracción se acompañará siempre, cuando la conducta prohibida continuara realizándose, del mandamiento conminatorio para la cesación de la misma<sup>64</sup>. Se trata, de una poderosa herramienta en manos de la autoridad de defensa de la competencia que, a través de una declaración negativa, impone al infractor la obligación inmediata de no continuar con una conducta prohibida que se ha acreditado que había realizado o que sigue realizando en la actualidad<sup>65</sup>. Naturalmente, las autoridades de defensa de la competencia tienen discrecionalidad para postergar la ejecución de la orden

---

a los concursos que se convocaran (véase RCNC de 7 de mayo de 2008, MC/0001/08 Residuos sanitarios 2, ponente F. Torremocha), suspender la vigencia de cláusulas de exclusividad que pueden suponer una conducta prohibida (véase Resolución del Jurado Extremeño de Defensa de la Competencia de 11 de abril de 2013, MC/001/2013, JDCE/S/01/2013, ponente J. Bardaji). Igualmente, dentro de la investigación de un posible acuerdo entre las distribuidoras para dificultar la competencia en el mercado de suministro eléctrico, la suspensión por parte de las distribuidoras de la gestión de las solicitudes de baja en los meses de Junio y Julio de 2009, cuando la tarifa de último recurso (TUR) entraba en vigor el 1 de Julio “*dificulta considerablemente esa posible captación de clientes por las comercializadoras, obstaculizando con ello la competencia en el mercado. La importancia del momento temporal hace necesario que las distribuidoras reanuden ese servicio de forma inmediata*” y ello motivó que la CNC ordenara la interrupción de esas prácticas y de cualquier otra que obstaculizara el cambio de suministrador (FD3º de la RCNC de 1 de julio de 2009, MC/0003/09, ponente M. Cuerdo).

<sup>61</sup> Véanse RTDC de 6 de abril de 2000 (MC31/00 SIGESA, ponente M. Comenge) –que modifica las medidas concedidas por la RTDC de 22 de mayo de 2000 (MC31/00 3M/Sigesa, ponente M. Comenge)– y FD3º de RTDC de 17 de diciembre de 1997 (24/97 Ambulancias Gerona, ponente F. Bermejo).

<sup>62</sup> Y así parece que los cumple la medida cautelar consistente en el cese por parte del investigado de aquellas comunicaciones que pudieran ser anticompetitivas, pero no ocurre lo mismo con la obligación adicional impuesta al Colegio de Farmacéuticos de comunicar en su página web la incoación del procedimiento (FD3º de la RCNMC de 14 de abril de 2014 (MC/0008/13 Yofarma vs Colegio de Farmacéuticos, sin ponente). Igualmente, se considera desproporcionada la medida propuesta de inaplicar las penalidades por resolución anticipada de los contratos de prestación del servicio de transporte y difusión de señal de TDC (de larga duración) incluidas por Abertis en 2006 (que constituirían un intento de cierre del mercado nacional de servicios portadores de señal audiovisual) porque “*ocasiona una transformación del mercado de referencia de tal alcance que la evolución del mercado sería imposible de invertir posteriormente en el caso de no prosperar la denuncia que ha dado origen al procedimiento principal, sin posibilidad de resarcir, en su caso, los perjuicios derivados de la ejecución de la medida mediante la fianza correspondiente, que en este caso no procede por imperativo de la LDC (art. 45.1), al haber sido solicitada por el Servicio de oficio*” (FD4º de la RTDC de 2 de octubre de 2006, MC/0036/2006 Abertis/Axion, ponente A. Frago).

<sup>63</sup> De acuerdo con el art. 53.1 de la LDC las resoluciones declarativas de las autoridades de defensa de la competencia pueden ser tanto positivas como negativas, en función de cuál sea el resultado de la investigación desarrollada. La declaración negativa puede ser tanto porque faltara la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad de las conductas que exigen las prohibiciones de conductas anticompetitivas de la LDC y el TFUE. Véase E. A. PALACIOS PAREJA / M. Á. LUQUE OYARCE “Las medidas correctivas y la defensa de la Competencia: La experiencia peruana” (2008) *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, p. 437 (“*la declaración de ilegalidad de una conducta lleva implícita una orden de cese*”).

<sup>64</sup> La orden de cesación no procede si la infracción ya ha cesado, pero incluso en tal caso, la autoridad podrá acompañar la declaración de la infracción del mandato o la intimación al infractor de abstenerse de reiniciar o repetir la conducta prohibida en el futuro.

<sup>65</sup> Véase E. CAVANAUGH “Antitrust Remedies Revisited” (2005) *Oregon Law Review* 84, p. 152 (para quien “*The principal enforcement weapon in the FTC arsenal is the cease and desist order*”) y RITTER (2016) *Journal of European Competition Law & Practice* 7, p. 391.

de cesación, retrasando su efectividad si la inmediatez fuere imposible, resultara excesivamente gravosa para el obligado o fuese o perjudicial para el mercado<sup>66</sup>.

**35.** En primer lugar, en un plano formal, la cesación busca detener la infracción, restableciendo la legalidad, pero puede tener diversas manifestaciones en función del caso concreto. En sentido estricto la cesación supone la paralización de la conducta prohibida, ordenándose que no continúe o se repita en el futuro. La orden de cesación suele comprender también cualesquiera otras similares con el mismo objetivo o que produzcan igual resultado<sup>67</sup>. También supondrá la prohibición de que se pongan en práctica aquéllos acuerdos que todavía no se han ejecutado pero que constituyen la realización de una conducta anticompetitiva prohibida.

**36.** En segundo lugar, desde una perspectiva material, la cesación persigue poner fin a la distorsión o falseamiento de la competencia que supone la ejecución de la conducta prohibida. Para ello, la efectividad de la orden de cesación requerirá que se trate de conductas anticompetitivas que han producido efectos reales en el mercado (aunque si la conducta no ha producido efectos es posible que se imponga una orden de cese preventiva). En tal caso, la cesación comprende también la orden de terminación de sus efectos que pudieran subsistir, a pesar de que la infracción hubiera cesado ya<sup>68</sup>. Se busca, de alguna manera, el retorno a las condiciones de competencia en el mercado previas a la infracción. Y eso ocurre sólo en cierto modo, porque la efectiva cesación de la conducta prohibida y la restauración de las condiciones de competencia en el mercado puede requerir que el infractor rectifique en su comportamiento (v.gr., cuando hubiera realizado determinadas comunicaciones comerciales o anuncios publicitarios), pero entonces se tratará más bien de la imposición de obligaciones positivas de rectificación o de remoción de los efectos de la infracción (*infra* §VI.5.B.b y §V). Adicionalmente, el contenido de la orden de cesación variará en función de cada específica conducta anticompetitiva que busque corregirse, y puede suponer una obligación de hacer o de no hacer en distintos casos<sup>69</sup>.

**37.** El quebrantamiento de la orden de cesación podrá suponer la imposición de una multa coercitiva hasta que la orden se cumpla, sin perjuicio de que las autoridades de competencia puedan adoptar otras medidas para instar y asegurar la ejecución forzosa de la orden<sup>70</sup>.

## V. La imposición de remedios obligacionales

**38.** La CNMC y las autoridades autonómicas pueden imponer al infractor obligaciones para remediar la situación que la infracción genera en el mercado<sup>71</sup>. Se trata de remedios distintos y que van

<sup>66</sup> Así, cuando se estimó que la venta por la LNFP de los derechos televisivos se había hecho con infracción del art. 1 de la LDC, la RTDC de 10 de junio de 1993 (319/92 *Fútbol por TV*, ponente C. Alcaide), confirmada por STS de 9 de junio de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:3945, ponente F. Ledesma), defirió la orden de cese a la temporada siguiente (“*al finalizar la temporada 1993/1994*”).

<sup>67</sup> Véase ¶1254 de STGUE (Sala 3ª ampliada) de 20 de abril de 1999, *LVM et al. v. Comisión*, T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, ECLI:EU:T:1999:80 (“*la Comisión puede prohibir, cara al futuro, cualquier acuerdo o práctica que tenga un objeto idéntico o similar al del comportamiento cuya existencia se declara en la Decisión*”).

<sup>68</sup> Véanse ¶94 STJUE (Sala Quinta) de 4 de marzo de 1999, *UFEX, DHL International y Service CRIE v. Comisión CE y May Courier*, C-119/97P (ECLI:EU:C:1999:116, ponente M. Wathelet); ¶155 STJUE (Sala Quinta) de 3 de julio de 1992, *AKZO Chemie BV v. Comisión*, C-62/86 (ECLI:EU:C:1991:286).

<sup>69</sup> Véase PALACIOS / LUQUE (2008) *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, p. 437-438.

<sup>70</sup> Véanse Arts. 67.a) de la LDC [multa de €12.000 al día] y 24.1.a) del Reglamento 1/2003 [multa de hasta un 5% del volumen de negocios diario]. Véase, por ejemplo, Decisión de la Comisión Europea de 27 de febrero de 2008 (COMP/C.3/37.792 *Microsoft*) que fija ese importe en €899 millones. Obviamente, la orden de cesación puede considerarse también una obligación de comportamiento que se impone al infractor (*infra* §V.5.B), véase HELLSTRÖM/ MAIER-RIGAUD / WENZEL BULST (2009) *Anti-trust Law Journal* 76, p. 45.

<sup>71</sup> Sobre la experiencia de las autoridades de competencia en España, DIEZ ESTELLA en *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, pp.129-133. Sobre la experiencia en Perú (INDECOPI y OSIPTEL), véase PALACIOS / LUQUE (2008) *Anuario Andino de Derechos Intelectuales*, p. 440-449.

más allá de la orden de cesación<sup>72</sup>, aunque constituyen una prolongación del objetivo de la autoridad de competencia de poner fin a la situación anticompetitiva que ha motivado su intervención<sup>73</sup>.

39. Este tipo remedios se utiliza también, aunque allí con finalidad y carácter profiláctico, en los procedimientos de control de concentraciones, en los que la autoridad que examina una operación de concentración (una fusión, una adquisición de empresas o la creación de una filial conjunta) puede emplearlos como condición para autorizar que la operación se lleve a cabo<sup>74</sup>. En efecto, a diferencia de los remedios en sede de concentraciones, que buscan prevenir una infracción futura, aquí se trata de infracciones constatadas (en muchos casos con víctimas perjudicadas).

40. Un adecuado análisis de las obligaciones que puedan imponerse al presunto infractor en la decisión final de las autoridades de defensa de la competencia arranca del carácter coercitivo de estas medidas independientemente del contexto en el que se adopten (*infra* §V.1). A continuación, debe distinguirse entre los remedios curativos y los preventivos (*infra* §V.2), examinando las infracciones que más frecuentemente suelen suscitar su imposición (*infra* §V.3). La imposición de remedios de naturaleza cuasi-regulatoria supone una aplicación exorbitante de las prohibiciones de conductas anticompetitivas que puede resultar problemática (*infra* §V.4). Después, cabe plantearse diversas cuestiones comunes relativas a la formulación y diseño de los remedios obligacionales (*infra* §V.5) y al control del cumplimiento de los mismos (*infra* §V.6). Finalmente, puede analizarse más específicamente la praxis seguida por las autoridades de competencia sobre las obligaciones estructurales (*infra* §V.5.A) y de comportamiento (*infra* §V.5.B).

## 1. Remedios convencionales vs. Remedios coercitivos

41. Los remedios obligacionales son medidas afflictivas o coercitivas para el infractor, aunque muchas veces sean el resultado de un acuerdo de terminación convencional con las empresas y generalmente recojan a las propuestas voluntariamente presentadas por los operadores investigados<sup>75</sup>. En la medida que esto ocurra, muchas decisiones de las autoridades de competencia que imponen estos remedios obligacionales se han adoptado como conclusión una terminación convencional, que cierra el expediente sin declaración de la infracción ni imposición de sanción. Las autoridades de competencia

<sup>72</sup> Véase I. LIANOS “Competition Law Remedies in Europe” en I. LIANOS / D.GERADIN (eds) *Handbook on European Competition Law: Enforcement and Procedure*, 2013, p. 370.

<sup>73</sup> Lo que se observa bien a las claras en el art. 7.1. del Reglamento 1/2003 que establece que la Comisión, para poner fin a la infracción constatada: “*A tal efecto, podrá imponerles cualquier remedio estructural o de comportamiento que sea proporcionado y sea necesario para producir el cese efectivo de la misma. Los remedios estructurales sólo podrán imponerse en ausencia de otros remedios de comportamiento de eficacia equivalente o cuando, a pesar de existir remedios de comportamiento, éstos resulten más gravosos para la empresa en cuestión que el remedio estructural*”. Durante la vigencia del Reglamento (CE) 17/1962, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO13 de 21 de febrero de 1962), la posibilidad de imponer remedios alternativos a la multa se entendió comprendida en su artículo 3 (“*puede obligar, mediante decisión, a las empresas y asociaciones de empresas interesadas a poner fin a la infracción comprobada [...] puede incluir un mandato de realizar ciertas acciones o proporcionar ciertos beneficios que habían sido ilegalmente retenidos*”), véanse ¶¶45 y 46 de la STJUE de 6 de marzo de 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corp. v Comisión*, as. 6 y 7/73 (ECLI:EU:C:1974:18) que confirma la imposición por la Comisión de una obligación de venta que remediaba una negativa de suministro anticompetitiva.

<sup>74</sup> Aunque en sede de control de concentraciones el carácter predictivo (especulativo) de la evaluación *ex ante* de la autoridad de competencia acentúe su componente prospectivo y pro futuro. Excepcionalmente, cuando la operación de concentración pueda obstaculizar el “*mantenimiento de mantenimiento de una competencia efectiva en todo o en parte del mercado nacional*” (art. 10.1 de la LDC), las autoridades de competencia pueden prohibir su realización (art. 58.4 de la LDC) y se evita de ese modo el perjuicio a la competencia.

<sup>75</sup> Véanse arts. 52 de la LDC y art. 39 del RDC y artículo 9 y considerando 13 del Reglamento 1/2003 (“*Cuando en el curso de un procedimiento que pueda conducir a la prohibición de un acuerdo o práctica, las empresas propongan a la Comisión compromisos que superen las inquietudes de ésta, conviene que la Comisión pueda mediante decisión, convertir tales compromisos en obligatorios para las empresas afectadas. Las decisiones relativas a esos compromisos constatarán que ya no hay motivos para que la Comisión intervenga, sin pronunciarse sobre si se ha producido o no la infracción o si ésta aún existe. Las decisiones relativas a los compromisos se entenderán sin perjuicio de los poderes de las autoridades de competencia y de los órganos jurisdiccionales y de los Estados miembros para dilucidar tal extremo y adoptar una decisión sobre el caso. No procederá la adopción de decisiones relativas a los compromisos cuando la Comisión se disponga a imponer una multa*”). Para LIANOS [en *Handbook on European Competition Law*, pp. 449-450] la distinción entre remedios voluntarios y coercitivos es artificial.

deberían evitar el recurso a la vía convencional en aquéllos casos que hubieran detectado infracciones graves o reincidentes, cuando consideren necesario clarificar su posición sobre ciertas conductas anti-competitivas o deseen facilitar las reclamaciones de daños por las víctimas<sup>76</sup>.

42. Obviamente, la participación de las empresas afectadas (del presunto infractor y de otros competidores e interesados que puedan formular observaciones en el marco del proceso de terminación convencional<sup>77</sup>) enriquece la decisión final adoptada por la autoridad y los remedios obligacionales que finalmente se adopten, proporcionando información sobre las medidas necesarias para restablecer la competencia y prevenir infracciones futuras y las dificultades de implementación que pudieran existir en cada caso.

43. La asunción voluntaria de los remedios obligacionales por el presunto infractor no exime a las autoridades de la necesidad de evaluar la adecuación, necesidad y proporcionalidad de las obligaciones impuestas. Sin embargo, la aquiescencia y consentimiento del presunto con las obligaciones impuestas, que las asume voluntariamente a cambio de no ser declarado infractor, atenúan las exigencias de necesidad y proporcionalidad y el potencial nivel de escrutinio judicial<sup>78</sup>.

44. En los últimos tiempos, la asunción por la Comisión Europea de los compromisos voluntarios propuestos por las empresas constituye una salida frecuente en los procedimientos incoados por conductas unilaterales anticompetitivas<sup>79</sup>, lo que se explica por la dificultad de acreditar y probar la infracción y su daño al mercado<sup>80</sup>, aunque esto tenga un impacto negativo en el desarrollo de una doctrina sólida y estable sobre la prohibición del abuso de dominio<sup>81</sup>. Sin embargo, el empleo de la vía de los compromisos reduce la exigencia de proporcionalidad, y facilita la adopción de remedios que la Comisión no podría haber impuesto por la vía estrictamente coercitiva<sup>82</sup>. El problema de estos eventuales remedios exorbitantes y desproporcionados, que solo son posibles en el marco de una terminación

<sup>76</sup> Véase LOWE / MAIER-RIGAUD *Fordham Competition Law Institute* 2008, p. 602.

<sup>77</sup> Véanse Arts 39.2 y 4 del RDC; ¶38 de la Comunicación de la CNC de 28 de septiembre de 2011 sobre la terminación convencional de expedientes sancionadores y ¶¶129-131 y 133 de la Comunicación de la Comisión sobre buenas prácticas para el desarrollo de los procedimientos relativos a los artículos 101 y 102 del TFUE (DOC308 de 20 de Octubre de 2011).

<sup>78</sup> Véase ¶41 de la STJUE(Gran Sala) de 29 de junio de 2010, C-441/07P (*Comisión v. Alrosa*, ECLI:EU:C:2010:377, ponente K. Schieman): “La aplicación del principio de proporcionalidad por parte de la Comisión en el contexto del artículo 9 del Reglamento n° 1/2003 se reduce a una verificación de que los compromisos propuestos responden a las inquietudes de las que ella informó a las empresas afectadas y de que estas últimas no han propuesto compromisos menos gravosos que respondan de un modo igualmente adecuado a tales inquietudes...”. Véanse F. P. MAIER-RIGAUD “Behavioural versus Structural Remedies in EU Competition Law” en P. LOWE, M. MARQUIS / G. MONTI (eds) *European Competition Law Annual 2013, Effective and Legitimate Enforcement of Competition Law*, 2016, p. 213; LIANOS en *Handbook on European Competition Law: Enforcement and Procedure*, pp. 443-448 y F. WAGNER-VON PAPP “Best and Even Better Practices in Commitment Procedures After Alrosa: The Dangers of Abandoning the “Struggle for Competition Law” (2012) *Common Market Law Review* 49: p. 943.

<sup>79</sup> Sobre el creciente apoyo de la Comisión Europea en los remedios que reproducen obligaciones propuestas por las empresas, lo que explica su tendencia cuasi-regulatoria (*infra* §V.4), véase C. DECKER *Economics and the Enforcement of European Competition Law*, 2009, 142.

<sup>80</sup> Véase M. MARINIELLO “Commitments or Prohibition? The EU Antitrust Dilemma” *Bruegel Policy Brief* 2014/01; Y. BOTTEMAN / A. PATSA “Towards a more sustainable use of commitment decisions in Article 102 TFEU cases” (2013) *Journal of Antitrust Enforcement* 1, p. 352 (“EC may have, therefore, found in commitment proceedings a convenient way to circumvent the economic complexity and resource-intensive fact-gathering inherent to infringement actions”).

<sup>81</sup> Véase P. AKMAN “The Reform of the Application of article 102 TFEU: Mission Accomplished?” (2016) *Antitrust Law Journal* 81, pp. 162, 170 y 202-203.

<sup>82</sup> Véase ¶48 de la STJUE de 29 de junio de 2010, C-441/07 P (*Comisión v. Alrosa*): “Las empresas que proponen compromisos al amparo del artículo 9 del Reglamento n° 1/2003 aceptan conscientemente la posibilidad de que sus concesiones sobrepasen lo que la propia Comisión habría podido imponerles en una decisión adoptada por dicha institución con arreglo al artículo 7 de dicho Reglamento tras un minucioso examen. En contrapartida, el cierre del procedimiento de infracción abierto contra estas empresas les permite evitar la constatación de una violación del Derecho de la competencia y la eventual imposición de una multa”. Véase también BOTTEMAN / PATSA (2013) *Journal of Antitrust Enforcement* 1, pp. 354 y 361-363 y WAGNER-VON PAPP (2012) *Common Market Law Review* 49, p. 967 (“The Commission’s discretion in devising more “creative” remedies in the infringement procedure would still be subject to Court control, whereas Alrosa has practically eliminated all such control in the commitment procedure”).

convencional, es que desincentiven comportamientos pro-competitivos de los operadores, produciendo efectos negativos en el bienestar social y en el bienestar de los consumidores<sup>83</sup>.

## 2. Remedios curativos vs. Remedios preventivos

45. Cuando la infracción distorsiona las condiciones de competencia en el mercado, la imposición de obligaciones al infractor puede ser necesaria y servir al propósito de restaurar la competencia y como tratamiento terapéutico frente a las conductas anticompetitivas declaradas. En tal caso, se trata de remedios curativos, que eliminan las distorsiones a la libre competencia. La eliminación de la distorsión a la competencia puede ir acompañada de medidas de restauración del orden concurrencial libre, para evitar que los consumidores queden expuestos a la reducción en las condiciones de competencia derivadas de la conducta del infractor<sup>84</sup>.

46. De otro lado, las obligaciones impuestas también pueden tener un propósito profiláctico si buscan prevenir o evitar las infracciones futuras cuando existan circunstancias en el mercado que puedan favorecer esas prácticas anticompetitivas<sup>85</sup>. Desde esta perspectiva, el carácter disuasorio frente al infractor de estos remedios resulta evidente. Por ello, puede consistir en la imposición de obligaciones específicas al infractor destinadas a evitar que el infractor realice de nuevo la conducta prohibida o cualesquiera otras que faciliten la comisión de la infracción<sup>86</sup>. El propósito preventivo de este tipo de remedios hace que exista una mayor discrecionalidad en su diseño y configuración frente a los remedios curativos o terapéuticos, aunque obviamente sigan existiendo límites<sup>87</sup>.

## 3. Infracciones que suelen conllevar la imposición de remedios obligacionales

47. Cualquier infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas puede motivar la imposición de obligaciones por la CNMC o por las autoridades autonómicas de defensa de la competencia dentro del correspondiente procedimiento sancionador. En la práctica, sin embargo, es poco frecuente que se impongan este tipo de obligaciones frente a la infracción de la prohibición de conductas anticompetitivas plurilaterales (arts. 1 LDC y 101 TFUE). Los pocos casos en los que esto ha ocurrido se refieren a restricciones verticales<sup>88</sup>. Ocasionalmente también se han impuesto en aplicación de la prohibición de ilícitos desleales de relevancia antitrust (art. 3 LDC)<sup>89</sup>.

<sup>83</sup> En tal caso, se trata de un mal uso de la terminación convencional, como denuncian D. H. GINSBURG / J. D. WRIGHT "Antitrust Settlements: The Culture of Consent" en E. RAMUNDO / N. CHARBIT (eds.) *William E. Kovacic. An Antitrust Tribute Liber Amicorum*, 2012, p. 179. Desde otra perspectiva, igualmente crítico WAGNER-VON PAPP (2012) *Common Market Law Review* 49, pp. 950 ("In the extreme case, there may be a danger of unwittingly imposing remedies that are themselves anticompetitive", cita omitida) y 955 ("If the commitments prohibit conduct that would otherwise be permissible under competition law, then the commitments restrict the range of options available to the undertakings bound by these commitments – and the restriction of otherwise legitimate business conduct may in itself amount to a restriction of competition" cita omitida).

<sup>84</sup> Véase OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2006, p. 21.

<sup>85</sup> Para restaurar las condiciones de competencia en el mercado, es necesario mirar hacia el futuro, véase W. K. TOM / G. F. WELLS "Raising Rivals' Costs: The Problem of Remedies" (2003) *George Mason Law Review* 12, p. 404 ("it is forward-looking, it must take into account the evolution of the market between the time the violation occurred and the time the remedy is being entered, as well as the likely future course of the market").

<sup>86</sup> Véase LIANOS en *Handbook on European Competition Law*, p. 379.

<sup>87</sup> Véase LIANOS en *Handbook on European Competition Law*, p. 435.

<sup>88</sup> Véase, por ejemplo, resuelve 5º de la RCNC de 30 de julio de 2009 (652/07 *Repsol/Cepsa/BP*, ponente P. Sánchez).

<sup>89</sup> Por ejemplo, frente a la publicación de anuncios e informaciones que incluyen manifestaciones falsas y susceptibles de inducir a error al público, así como denigrantes para lo demás operadores del mercado de la intermediación inmobiliaria que no son Agentes de la Propiedad Inmobiliaria, véase RTDC de 12 de noviembre de 2002 (531/02 *Intermediación Inmobiliaria*, ponente J. Huerta), aunque la multa impuesta fue anulada por diversas sentencias por falta de culpabilidad por SSTS de 18 de junio de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:3206, ponente F. Ledesma); de 20 de enero de 2009 (ECLI:ES:TS:2009:19, ponente O. González); de 1 de julio de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:3653, ponente J. M. Bandrés) y de 25 de noviembre de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:6202, ponente O. González), se mantuvieron las "restantes medidas de intimación y publicación previstas en el acuerdo, por cuanto van dirigidas a evitar los efectos anticompetitivos en ese campo, y respecto de las cuales el elemento intelectual no opera, sino que responden a criterios de interés público, superiores a apreciaciones subjetivas de culpabilidad o negligencia" (en estas dos últimas sentencias, FJº5 *in fine* y FJº3 *in fine*, respectivamente). Análoga es la RTDC de 30 de

48. En cualquier caso, la mayoría de las obligaciones de estructurales y de conducta se imponen en procedimientos por infracción de la prohibición de conductas anticompetitivas unilaterales: abuso de posición dominante (art. 2 LDC y 102 TFUE)<sup>90</sup>. La cantidad de procedimientos incoados por la infracción de la prohibición de abuso de posición de dominio que concluyen sin sanción pero con la imposición de un remedio obligacional (que frecuentemente se adopta como compromiso en una terminación convencional) es muy elevada. Las características específicas de este tipo de infracciones hacen que las obligaciones impuestas tengan tanto vocación curativa (retrospectiva) como profiláctica (prospectiva)<sup>91</sup>. Esto puede reducir la fuerza disuasoria de las prohibiciones de conductas anticompetitivas<sup>92</sup>.

49. La praxis de las autoridades de defensa de la competencia permite poner de relieve la compleja valoración requerida para la aplicación de la prohibición de conductas anticompetitivas unilaterales que explica que frecuentemente se opte por la imposición de obligaciones al operador dominante<sup>93</sup>. Normalmente las obligaciones impuestas buscan corregir su acumulación de poder y sus actuaciones destinadas a suprimir rivales en el futuro. Esa dificultad crece en industrias dinámicas y con alto componente tecnológico<sup>94</sup>. También aumentan los riesgos del error para el bienestar del consumidor derivados de afectar negativamente a los incentivos a competir e innovar de las empresas<sup>95</sup>.

#### 4. Imposición de remedios de carácter cuasi-regulatorio

50. Los remedios obligacionales impuestos por las autoridades de defensa de competencia no deben ir más allá del restablecimiento de la legalidad y de la libre competencia que ha sido vulnerada por la infracción de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas. No deben sustituir la defensa de la competencia por la regulación<sup>96</sup>, deben ceñirse el ámbito y los objetivos de la legislación de defensa de la competencia<sup>97</sup>.

51. En efecto, las prohibiciones de prácticas anticompetitivas constituyen una medida prevista por el legislador frente a los fallos provocados en el mercado por el comportamiento de los agentes<sup>98</sup>. Su cometido es la corrección y prevención de los fallos exógenos en el funcionamiento del mercado, y no

---

mayo de 2002 (521/01 *Agentes Propiedad Inmobiliaria*, ponente J. Pascual), que también fue parcialmente anulada por consideraciones análogas mediante STSS de 11 de octubre de 2006 (ECLI:ES:TS:2006:5945, ponente O. González) de 22 de abril de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2109, ponente J.M. Bandrés); 8 de mayo de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:2098, ponente E. Espín) y de 7 de abril de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:3616, ponente E. Espín).

<sup>90</sup> Así ocurre también a nivel europeo, LIANOS en *The Global Limits of Competition Law*, pp. 191-192.

<sup>91</sup> Véase E. HJELMENG "Competition Law Remedies- Striving for Coherence or finding new ways?" (2013) *Common Market Law Review* 50: 1012 ("in particular with regard to Article 102 remedies, it is not possible to draw a clear distinction between remedies aimed at preventing future recurrences of the infringement and mere termination of past infringements").

<sup>92</sup> Véase HJELMENG (2013) *Common Market Law Review* 50: 1030 y permítase también la referencia a F. MARCOS "Diminishing enforcement: Negative effects for deterrence of mistaken settlements and misguided competition promotion and advocacy" en J. GUILLÉN (dir) *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la competencia*, 2013, pp. 282-286.

<sup>93</sup> Por la dificultad de apreciar y evaluar los efectos pro-competitivos y anticompetitivos de la conducta del infractor, TOM / WELLS (2003) *George Mason Law Review* 12: p. 391-392.

<sup>94</sup> Véase sentencia del Tribunal Federal de Distrito del Distrito de Columbia de 1 de noviembre de 2002 (ponente C. Kollar-Kotelly), *New York v. Microsoft*, 224 F Supp. 2d 76, 184 (D.D.C. 2002) ("Imposing a remedy in this case is not unlike trying to shoe a galloping horse") y CAVANAUGH (2005) *Oregon Law Review* 84, p. 180 ("application of traditional equitable remedies to fast-paced, high-tech industries is no easy task".)

<sup>95</sup> Véase G. J. WERDEN "Remedies for Exclusionary Conduct Should Protect and Preserve the Competitive Process" (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 72-73. Al hilo de la controversia sobre la necesidad de imponer remedios obligacionales a Google, véanse las agudas reflexiones de J.D. WRIGHT "Antitrust Remedies" (2011) *The Journal of Law* 1/2, p. 423-444.

<sup>96</sup> CRANDALL / ELZINGA (2004) *Antitrust Law and Economics: Research in Law & Economics* 21, p. 335 ("ensure that they do not replace competition with regulation") y LOWE / MAIER-RIGAUD *Fordham Competition Law Institute* 2008, p. 604.

<sup>97</sup> Véase WERDEN (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 75-78.

<sup>98</sup> Sin embargo, se sostiene normalmente, que que la Comisión UE tiene tendencia a buscar en el diseño de los remedios (*rectius* obligaciones) que se imponen a las empresas un ideal de competencia más que restaurar la situación previa a la infracción (como, en cambio, ocurriría en los Estados Unidos de Norteamérica), véase PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, p. 255 y HJELMENG (2013) *Common Market Law Review* 50, p. 1028 ("there has been a shift in competition law enforcement, from simply terminating and deterring infringements to facilitating and promoting competition with a predominantly prospective approach").

buscan el tratamiento de los fallos derivados de circunstancias propias de algunos mercados que impiden o limitan la competencia (v.gr., monopolios naturales, bienes públicos). La corrección de esos fallos endógenos es cometido de la legislación y las normas de regulación específicamente adoptados con tal propósito, bajo el control y supervisión de las autoridades de regulación sectorial.

**52.** La resolución de un procedimiento sancionador iniciado por la realización de conductas anticompetitivas no es lugar para la imposición de obligaciones que trasciendan las finalidades terapéutica y profiláctica que el legislador encarga a las autoridades de competencia<sup>99</sup>. En otras palabras, las autoridades de competencia no pueden prohibir comportamientos que no constituyen infracciones de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas<sup>100</sup>.

**53.** No obstante, frente a las infracciones que tienen lugar en sectores sujetos a regulación sectorial no ha sido infrecuente que ocasionalmente las decisiones de las autoridades de defensa de la competencia impusieran obligaciones que exceden el cometido anterior y busquen mejorar el funcionamiento de los mercados y aumentar el bienestar social<sup>101</sup>.

**54.** Por tanto, esta situación se suscita particularmente en las industrias de red sometidas a regulación sectorial<sup>102</sup>. En principio, las obligaciones impuestas por la regulación sectorial y por las autoridades de regulación sectorial son de carácter prospectivo (intervención *ex ante*) y esto las diferencia claramente de las intervenciones *ex post* de las autoridades de defensa de la competencia, que sólo tienen lugar una vez cometida una infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas (y que reaccionan frente a un fallo exógeno en el mercado provocado por la conducta de los operadores)<sup>103</sup>. Sin embargo, cuando las autoridades de competencia intervienen sobre sectores regulados, la distinción no resulta del todo nítida<sup>104</sup>. Adicionalmente, esta cuestión se complica cuando la autoridad de defensa de

<sup>99</sup> Véanse ¶103 de la STGUE (Sala 4ª ampliada) de 11 de julio de 2007, T-170/06 *Alrosa v. Comisión*, [ECLI:EU:T:2007:220](#) (“*De ello se deduce que la Comisión, sin rebasar las facultades que le confieren tanto las normas sobre la competencia del Tratado CE como el Reglamento nº 1/2003, sólo puede adoptar una decisión sobre la base del artículo 7, apartado 1, de este Reglamento que prohíba absolutamente toda relación comercial futura entre dos empresas cuando dicha decisión sea necesaria para restablecer la situación anterior a la infracción*”) y ¶152 de la STGUE (Gran Sala) de 17 de septiembre de 2007, T-201/04, *Microsoft*, [ECLI:EU:T:2007:289](#) (“*El alcance de esa medida correctiva debe determinarse por consiguiente a la luz del comportamiento abusivo imputado a Microsoft, que está en función en particular del grado de interoperabilidad contemplado por la Comisión en la Decisión impugnada*”).

<sup>100</sup> El artículo 2 de la Decisión de 13 de julio de 1994 ([IV/C/33.833 Cartoncillo](#)) de la Comisión prohibió intercambios de información agregada porque consideró que podían conducir a colusión, pero el TGUE anuló la decisión porque como tales esos comportamientos no están prohibidos, véanse ¶280 de la STGUE (Sala 3ª ampliada) de 14 de mayo de 1998, T-334/94 *Sarrío v. Comisión* ([ECLI:EU:T:1998:97](#)) y ¶178 de la STGUE (Sala 3ª ampliada) de 14 de mayo de 1998, T-310/94 *Gruber+Weber v. Comisión* ([ECLI:EU:T:1998:92](#)).

<sup>101</sup> Sobre esta cuestión, véase WILLIAM S. COMANOR “The Problem of Remedy in Monopolization Cases: The Microsoft Case as an Example” (2001) *Antitrust Bulletin* 46:117 y 120 (“*Should policy makers adopt a more regulatory approach to antitrust remedies, and focus instead on judgments for the future regardless of the factors that may have led to its dominance?*”)

<sup>102</sup> Sobre el uso de remedios cuasi-regulatorios en la industria de telecomunicaciones, véanse D. GERARDIN / J. G. SIDAK “European and American Approaches to Antitrust Remedies and the Institutional Design of Regulation in Telecommunications” en S. K. MAJUMDAR / I. VOGELSSANG / M. E. CAVE (eds) *Handbook of Telecommunications Economics*, vol. 2 (Technology Evolution and the Internet) 2005, pp. 517-553 y P. LAROCHE *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, 2000, pp. 302-316 (utilización de las herramientas previstas en el Derecho de la competencia como mecanismos para paliar las insuficiencias de la regulación sectorial). Sobre su utilización en el sector de la energía eléctrica, véanse M. SADOWSKA “Energy Liberalization in an Antitrust Straitjacket: A Plant Too Far” (2011) *World Competition* 31, pp. 449-476 (que critica el empleo de los remedios con propósito regulatorio y de reestructuración industrial, corrigiendo la insuficiente liberalización del mercado, “*these cases are not antitrust anymore. They constitute a new phenomenon, a peculiar ‘negotiatory’ antitrust, characterized by weak cases with extensive remedies*”, *id.* p.461) y BOTTEMAN / PATSA (2013) *Journal of Antitrust Enforcement* 1/2, p. 353 (“*an opportunity to supplement the liberalization process in certain regulated industry sectors*”).

<sup>103</sup> Salvo el control de concentraciones (que también es una intervención *ex ante*), véase A. DE STREEL “The Relationship between Competition Law and Sector Specific Regulation: The case of electronic communications” (2008) *Reflets et perspectives de la vie économique* 47, pp. 57-58 y 69-70.

<sup>104</sup> Así, por ejemplo, en la industria de telecomunicaciones, véase GERARDIN / SIDAK en *Handbook of Telecommunications Economics*, vol. 2, 2005, pp. 519-520, 523, 532 y 534 (teniendo en cuenta que los remedios obligacionales frecuentemente se adoptan en el marco de una terminación convencional).

la competencia desempeña también alguna función de regulación o supervisión sectorial (como ocurre –teóricamente– con la CNMC y también –aunque indirectamente– con la Comisión Europea)<sup>105</sup>.

55. En cualquier caso, los remedios obligacionales no deben utilizarse como herramienta para alterar la estructura del mercado y regular las pautas de competencia en el mismo<sup>106</sup>. La inclusión de obligaciones exorbitantes –que vayan más allá de la restauración de la competencia efectiva en el mercado– constituye una desproporción y un exceso<sup>107</sup>. Es cierto que muchas veces puede resultar difícil establecer una delimitación tajante<sup>108</sup>.

56. Finalmente, es lógico que cuando las obligaciones cuasi-regulatorias se imponen como compromisos en el marco del control de concentraciones o dentro de una terminación convencional en un procedimiento sancionador, su propuesta y aceptación voluntarios por el afectado haga menos cuestionable el eventual exceso de la autoridad de la competencia<sup>109</sup>. Pero si esas circunstancias no están presentes y la decisión de la autoridad de defensa de la competencia se produce en el marco de un procedimiento sancionador, la decisión exorbitante de la autoridad de competencia puede ser cuestionable por su falta de acomodo en las potestades legalmente conferidas<sup>110</sup>. Es también censurable por la falta de predictibilidad y de transparencia que su adopción supone<sup>111</sup> y, por ello, deben considerarse medidas desmesuradas, con los riesgos que ello conlleva<sup>112</sup>, incluida la posible anulación por los tribunales<sup>113</sup>.

## 5. Diseño de los remedios obligacionales: Contenido de las obligaciones

57. Con la imposición de obligaciones estructurales o de conducta las autoridades de defensa de la competencia buscan restaurar las condiciones de competencia preexistentes a la infracción en el mercado y evitar que la conducta se repita en el futuro<sup>114</sup>. La utilización de este instrumento puede ser muy efectiva para resolver ágilmente los problemas de competencia en mercados dinámicos, que experimentan frecuentes cambios y evolucionan con rapidez, y que muchas veces están sometidos a regulación<sup>115</sup>. Como ya se ha apuntado, también pueden intentar prevenir que la infracción se reitere y por ello,

<sup>105</sup> Véase W. E. KOVACIC / D. A. HYMAN “Regulatory Leveraging: Problem or Solution?” (2016) *George Mason Law Review* 23, p. 1174 (“this would make the competition agency the backstop enforcer of a potentially large collection of other laws, at least with respect to dominant enterprises”).

<sup>106</sup> Véase LIANOS en *Handbook on European Competition Law*, p. 435 (“Competition law remedies cannot be transformed to regulatory remedies. The different institutional context is one side of the story. Competition authorities and courts are unable to administer far reaching prophylactic remedies that would require continuous monitoring and supervision of entire economic sectors”).

<sup>107</sup> Véase GERARDIN / SIDAK en *Handbook of Telecommunications Economics*, vol. 2, 2005, 548.

<sup>108</sup> Véase LIANOS en *Handbook on European Competition Law*, 436 (“Regulatory remedies, defined as remedies that have no direct relation or are disproportionate in relation to the wrong they aim to address, become the outer boundary of remedial discretion in competition law”), aunque reconoce las dificultades de este ejercicio. En ocasiones, un adecuado tratamiento del fallo provocado por la conducta del infractor puede exigir la introducción de medidas que eliminen cualquier posibilidad o incentivo de cometer la infracción o reduzcan las barreras de acceso al mercado, HELLSTRÖM / MAIER-RIGAUD / BULST (2009) *Antitrust Law Journal* 76/1:59-60.

<sup>109</sup> Véase KOVACIC / HYMAN (2016) *George Mason Law Review* 23, p. 1168 (“global settlements’ which reach beyond the specific controversy they are handling, to obtain leverage over ancillary domains”) y p. 1178 (“The most obvious benefit of regulatory leveraging is that it promotes more comprehensive settlements”).

<sup>110</sup> Véase KOVACIC / HYMAN (2016) *George Mason Law Review* 23, p. 1186 (“Unless properly disciplined, regulatory leveraging becomes lawlessness”).

<sup>111</sup> Véase KOVACIC / HYMAN (2016) *George Mason Law Review* 23, p. 1179.

<sup>112</sup> Véase LAROCHE *Competition Law and Regulation in European Telecommunications*, 2000, p. 319.

<sup>113</sup> Inspirada en corregir los defectos en la estructura competitiva del mercado de distribución minorista de carburantes, la imposición por la RCNMC de 20 de diciembre de 2013 (VS/0652/07 REPSOL/CEPSA/BP, sin ponente) de la obligación de utilizar Platt’s como índice de referencia del precio de transferencia o cesión, desborda lo impuesto por el resuelve 3º de la RCNC de 30 de julio de 2009 (652/07 Repsol/Cepsa/BP, ponente P. Sánchez), que sólo había prohibido los sistemas de determinación del precio que fueran restrictivos de la competencia. Llamaba la atención sobre el particular ANTONIO ROBLES “El alcance de las facultades de la CNMC: la imposición de obligaciones de comportamiento a las empresas infractoras”, *Competencia y Regulación*, 6 de Marzo de 2016.

<sup>114</sup> Véase LIANOS en *The Global Limits of Competition Law*, p. 190.

<sup>115</sup> Véanse BOTTEMAN / PATSA (2013) *Journal of Antitrust Enforcement* 1, p. 351 y KOVACIC (1999) *Connecticut Law Review* 31, p. 1314-1316. En particular en las industrias de energía y telecomunicaciones en las que, a pesar de las notables diferencias,

respecto del infractor, desempeñan también una función de disuasión específica, con el propósito de que no cometa de nuevo en la conducta prohibida.

**58.** Los remedios obligacionales establecen un régimen jurídico específico, una disciplina “a medida” para cada caso concreto, que regula la conducta del infractor en aras del interés público en la libre competencia. Por ello, lógicamente, las obligaciones que se impongan se conectan estrechamente con la vulneración concreta de las prohibiciones de conductas anticompetitivas, a la que buscan poner remedio<sup>116</sup>. Es más, dependen de la conducta infractora en cuestión hasta el punto de que son una imagen refleja de aquélla (i.e., la conducta contraria)<sup>117</sup>.

**59.** La incertidumbre y los costes que la imposición de obligaciones suponen para los operadores y la información y los recursos disponibles por las autoridades de defensa de la competencia, así como las dificultades de configuración y los riesgos de error (por exceso o por defecto), condicionan su utilización y el diseño de este tipo de remedio<sup>118</sup>.

**60.** Por ello, los estudios de economía conductual pueden ser útiles para el diseño de los remedios, valorando la adecuación, la necesidad y la proporcionalidad de las medidas que se imponen al infractor<sup>119</sup>. Deben superarse los riesgos derivados de cualquier sesgo o cortoplacismo de las autoridades, así como del intervencionismo y optimismo de sus decisiones<sup>120</sup>. En la medida que el remedio se base en una suposición de las preferencias o creencias de los consumidores es necesario comprobar que aquéllas sean válidas<sup>121</sup>.

**61.** La formulación de las obligaciones que se impongan puede seguir distintos modelos, incluyendo una obligación genérica y abstracta que deje al infractor la responsabilidad de concretar acciones que alcancen un objetivo determinado que se establece en la decisión de la autoridad<sup>122</sup>.

---

el grado de aplicación de esta prohibición es similar, dadas sus características económicas (monopolios naturales, elevados costes fijos de arranque, bajos costes marginales, economías de escala, efectos de red) y la regulación, existe abundancia de casos de este tipo, véase Á. GARCÍA-DELGADO / A. REDONDO “Comparing the incomparable? An analysis of the enforcement of abuse of dominance rules to the energy and technology sectors in Europe?” (2016) *CPI Antitrust Chronicle*, March 2016(1), p. 6.

<sup>116</sup> Véase LIANOS “Competition Law Remedies in Europe” en LIANOS / GERADIN (eds) *Handbook on European Competition Law*, p. 406 [“the existence of a competition law violation (even if there is no explicit finding of an infringement) ‘constitutes the basis of the obligation of the parties to terminate the infringement’, hence the reason for imposing remedies”].

<sup>117</sup> Véanse PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, 266 (“a remedy that mirrors the illegal conduct and is unexpensive to monitor”); TOM / WELLS (2003) *George Mason Law Review* 12:402. Véase también HELLSTRÖM / MAIER-RIGAUD / BULST (2009) *Antitrust Law Journal* 76:60 (“Another approach beyond mirroring the abuse would be to seek to lower the entry barriers to the market in which the undertaking in question is dominant”).

<sup>118</sup> En general, véase P. L. JOSKOW “Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, and Remedies” (2002) *Journal of Law, Economics, and Organization* 18 p. 95. Véase también HELLSTRÖM / MAIER-RIGAUD / BULST (2009) *Antitrust Law Journal* 76, pp. 48-49.

<sup>119</sup> Con referencias al remedio impuesto por la Comisión Europea contra *Microsoft* en su Decisión de 24 de marzo de 2004 (COMP/C-3/37.792 *Microsoft Corp*), frente a la vinculación del Windows Media Player con el sistema operativo Windows de comercializar una versión de Windows sin Windows Media Player (¶¶978-984 de la Decisión), que no fue muy utilizada por los consumidores, véanse W. H. PAGE “Mandatory Contracting Remedies in the American and European *Microsoft* Cases” (2009) *Antitrust Law Journal* 75, pp. 798-800 y A. HEINEMANN “Behavioural Antitrust: A ‘More Realistic’ Approach to Competition Law” en K MATHIS (ed.) *European Perspectives on Behavioral Law and Economics, Economic Analysis of Law in European legal Scholarship*, 2015, vol. 2, p. 229 (imponiéndose un remedio contraproducente que sobrecargaba las facultades de elección de los usuarios). Sobre este mismo caso, véase M. E. STUCKE “How can competition agencies use behavioral economics?” (2014) *Antitrust Bulletin* 59, pp. 705-706 y, del mismo autor, “Behavioral antitrust and monopolization” (2012) *Journal of Competition Law & Economics* 8, pp. 568-573 (comparándolo con el adoptado en el caso de la vinculación del *Internet Explorer*, dónde la elección del consumidor se articulaba de otra manera –Decisión de la Comisión de 16 de Diciembre de 2009, COMP/C-3/39.530 *Microsoft-tying*).

<sup>120</sup> En general, véase W. E. KOVACIC / J.C. COOPER “Behavioral Economics and its meaning for Antitrust Agency Decision Making” (2012) *Journal of Law, Economics & Policy* 8: 779-800

<sup>121</sup> Véase B. R. NUÑEZ “Developing Behavioral Economics as a Practical Tool for Market Authorities. Lessons learned from the first era of behavioral case work” (2016) *Journal of Antitrust Enforcement* 14-15 (que sugiere como alternativa la intervención del gobierno por la vía regulatoria).

<sup>122</sup> Véanse HELLSTRÖM / MAIER-RIGAUD / BULST (2009) *Antitrust Law Journal* 76:60. Aunque, como dice POSNER *Antitrust Law*, 2<sup>nd</sup> ed. 2001, p. 273: “if narrowly drawn to avoid preventing legitimate competitive activity by the defendant, it is likely to

62. En todo caso, las obligaciones que se impongan deben ser adecuadas, necesarias y proporcionadas para el objetivo de restablecer el cumplimiento de la prohibición infringida, evitando infracciones futuras, sin suponer costes excesivos o desmedidos<sup>123</sup>. En coherencia con lo anterior, los remedios obligacionales más costosos (costes para el obligado y de administración) exigirán una justificación y prueba mayor de eficacia<sup>124</sup>. Adicionalmente, y con carácter general, la autoridad de defensa de la competencia debe configurar y formular las obligaciones que se imponen en términos claros y sin ambigüedades, de manera que sean evidentes las exigencias que se imponen al obligado<sup>125</sup>. Finalmente, los remedios deben ser equitativos, sin introducir tratamientos discriminatorios injustificados en el mercado a los operadores sujetos a los mismos<sup>126</sup>.

63. En primer lugar, se ha de tratar de remedios idóneos o adecuados para el propósito con el que se emplean. Si son artificiales y no responden a una necesidad de mercado es más difícil que funcionen<sup>127</sup>. Por tanto, a partir de la experiencia en el pasado sobre la eficacia o no de una determinada obligación impuesta a las empresas, las autoridades de competencia pueden perfeccionar las obligaciones que imponga en el futuro ante infracciones similares.

64. En segundo lugar, la obligación que se impone debe ser necesaria para alcanzar el objetivo perseguido. Debe constituir el remedio indispensable para corregir la distorsión que la infracción ha provocado en el mercado, sin que existan alternativas menos restrictivas para los derechos del obligado.

65. En tercer lugar, finalmente, la obligación debe ser proporcional a la finalidad con la que se impone<sup>128</sup>. El respeto a la libertad de empresa y al derecho de propiedad del operador al que se imponen obligaciones, exige que éstas no sean más onerosas de lo necesario para restaurar la legalidad y la competencia en el mercado<sup>129</sup>.

66. En función del contenido de los remedios obligacionales que se impongan se distingue entre obligaciones estructurales (*infra* §IV.5.A) y obligaciones de comportamiento (*infra* §IV.5.B)<sup>130</sup>.

---

*be porous and ineffectual, while if it is broadly drawn to close up all possible loopholes it is likely to handicap the firm in competing lawfully*". Sobre las dificultades de determinar el nivel de abstracción óptimo de la obligación impuesta, véase MELAMED (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 363-364 ("The more narrowly the violation to be remedied is characterized, the less likely it is that the remedy will prevent a recurrence of anticompetitive conduct, especially if the defendant retains the ability and incentive to engage in such conduct. But the more the violation is generalized, the more likely it is that the remedy will become costly regulation and prohibit conduct that, while analogous to the violation, is not under the circumstances anticompetitive").

<sup>123</sup> Véase ¶93 de la STJUE de 6 de abril de 1995, *RTE & ITP v. Comisión CE*, C-241-242/91P (ponente G. C. Rodríguez Iglesias *ECLI:EU:C:1995:98*) "el principio de proporcionalidad significa que las obligaciones impuestas a las empresas para poner fin a una infracción del Derecho de la competencia no deben ir más allá de los límites de lo necesario y adecuado para alcanzar el fin perseguido, a saber, el restablecimiento de la legalidad en relación con las normas que se hayan infringido en el caso de autos".

<sup>124</sup> Véase PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, 266 (y debe tenerse en cuenta que aunque mejoren la eficiencia estática, no disminuyan la dinámica).

<sup>125</sup> Véase . J. WERDEN "Remedies for Exclusionary Conduct Should Protect and Preserve the Competitive Process" (2009) *Antitrust Law Journal* 76, pp. 73-75.

<sup>126</sup> HELLSTRÖM / MAIER-RIGAUD / BULST (2009) *Antitrust Law Journal* 76, pp. 50 y 51.

<sup>127</sup> Véase PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, p. 272 y *supra* n120.

<sup>128</sup> Aunque en Estados Unidos no existe una explícita exigencia de proporcionalidad como tal, la exigencia de adecuación y eficiencia se plasma normalmente en un requisito similar, véase E. T. SULLIVAN "Antitrust Remedies in the U.S. and EU: advancing a standard of proportionality" (2003) *Antitrust Bulletin* 48: 419 y 423 y E. T. SULLIVAN / R. S. FRASE *Proportionality Principles in American Law. Controlling Excessive Government Actions*, 2009, pp. 47-49. El diseño de los remedios debe evitar que causen un daño innecesario (efecto iatrogénico) o que sean inefectivos, véanse KOVACIC (1999) *Connecticut Law Review* 31, p. 1313 y TOM / WELLS (2003) *George Mason Law Review* 12, p. 392.

<sup>129</sup> HELLSTRÖM / MAIER-RIGAUD / BULST (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 49.

<sup>130</sup> Véase PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, pp. 274-275 ("Injunctions are appropriate in instances in which deterrent penalties are likely to be insufficient to prevent anticompetitive conduct prospectively. Structural injunctions are costly, but may be appropriate to dissolve entities that illegally achieve durable monopoly power, particularly by merger. Conduct remedies may also be costly, but can be well suited to end specific monopolistic conduct by firms with lawful monopoly power. Injunctive relief is most questionable when it seeks to regulate conduct beyond the practices specifically shown to reduce competition").

Ambas suponen la imposición de una obligación, pero varían en su impacto y grado de afectación de los derechos y de la libertad del sujeto obligado. Mientras que las obligaciones estructurales afectan a los derechos de propiedad, eso no ocurre con las obligaciones de conducta<sup>131</sup>. Así, las obligaciones estructurales suponen una privación de derechos de propiedad y se trata de un remedio drástico análogo a una intervención quirúrgica con el propósito de eliminar y remediar los efectos provocados por la infracción. En cambio, las obligaciones de comportamiento imponen deberes y pautas de comportamiento específicas y concretas, supuestamente menos invasivas y similares a un tratamiento terapéutico y de cura con medicamentos<sup>132</sup>. El recurso a unas u otras por la autoridad de competencia es discrecional, aunque la utilización de las obligaciones de conducta es preferida, dado que teóricamente constituyen la opción menos restrictiva de derechos<sup>133</sup>.

### A) Obligaciones estructurales

67. La imposición de obligaciones estructurales persigue corregir un fallo en la estructura del mercado en el que se ha producido la infracción y en la que se encuentra la raíz de la misma. Esta situación se suscita principalmente en casos de conductas anticompetitivas unilaterales<sup>134</sup>. Las obligaciones estructurales buscan aminorar la posición dominante de un operador o introducir competencia adicional en el mercado y, por ello, su carácter disuasorio pasa a un segundo plano frente a su carácter cuasi-regulatorio<sup>135</sup>. Por ello, es fácil que se excedan de los cometidos y de las finalidades que –desde la estricta perspectiva de la defensa de la competencia– deben tener este tipo de remedios<sup>136</sup>. Quizás eso explica que nunca se hayan empleado por las autoridades de competencia en España<sup>137</sup>. Hay una notable divergencia en los distintos sistemas de defensa de la competencia en la previsión y reconocimiento de la potestad de las autoridades de competencia de imponer obligaciones estructurales<sup>138</sup>.

68. A diferencia de lo que ocurre en materia de control de concentraciones<sup>139</sup>, en sede sancionadora la imposición de obligaciones estructurales es considerada un remedio de último recurso que sólo se contempla si no existen obligaciones de comportamiento igualmente efectivas o porque estas

<sup>131</sup> Véase RITTER (2016) *Journal of European Competition Law & Practice* 7, p. 596.

<sup>132</sup> Véase CAVANAUGH (2005) *Oregon Law Review* 84, p. 152 (y por eso los remedios estructurales pueden ser “*too radical and liken divestiture to curing the disease by killing the patient*”, id. 191).

<sup>133</sup> Teóricamente porque como dicen HELLSTRÖM / RIGAUD / BULST (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 47: “*It is, however, prima facie not obvious that categories of remedies are more or less burdensome in terms of fundamental rights: while structural remedies may have a bearing on property rights if, for instance, a sale of assets is required, behavioral remedies bear upon the freedom to conduct a business, including the freedom to contract. As a result, even in those rare cases where behavioral and structural remedies are equally effective, structural remedies cannot automatically be considered more burdensome*” (cita omitida). Más ampliamente, sobre el particular, muy críticamente MAIER-RIGAUD en *European Competition Law Annual*, 2016, pp. 208-209 y 211-212 (la presunción legal no se sostiene económicamente, es confusa y una simplificación excesiva de la realidad) y LOWE / MAIER-RIGAUD *Fordham Competition Law Institute* 2008, p. 607.

<sup>134</sup> Véase WERDEN (2009) *Antitrust Law Journal* 76, pp. 70-71.

<sup>135</sup> Véase F. JIMÉNEZ LATORRE / E. PRIETO KESSLER “Remedios estructurales en casos de abuso de posición de dominio” en PETITBÓ / MARTÍNEZ (dirs) *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, pp. 135-137. De hecho, cuando se trata de industrias sometidas a regulación sectorial, el remedio puede tratar de corregir las insuficiencias de la regulación, véase J. E. LOPATKA / W. H. PAGE “Devising a *Microsoft* Antitrust Remedy that serves consumers” (2001) *George Mason Law Review* 9/3, pp. 700 y 707-708.

<sup>136</sup> Véase HJELMENG (2013) *Common Market Law Review* 50, p. 1021 y *supra* §V.4

<sup>137</sup> La RCNMC de 6 de Julio de 2016 (R/AJ/035/16 *Renfe*, sin ponente) rechazó la propuesta de compromisos de RENFE entre los que se incluían obligaciones estructurales en relación con la oferta mayorista de servicios de tracción (este procedimiento se cerró con sanción por la RCNMC de 28 de Febrero de 2017, S/DC/0511/14 *Renfe operadora*, sin ponente).

<sup>138</sup> OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2006, p. 33. Esa divergencia también existe en la UE (§§5 y 6 de ECN, *Recommendation on the power to impose structural remedies*) y, por ello, la Propuesta de Directiva de 22 de Marzo de 2017 encaminada a facultar a las autoridades de competencia de los Estados miembros para aplicar la normativa con más eficacia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior [COM(2017) 142 final] exige que las autoridades nacionales de competencia puedan obligar al cese de la infracción constatada e imponer otras obligaciones estructurales de conducta proporcionales a la infracción cometida y necesarias para hacer cesar efectivamente la infracción misma (art. 9).

<sup>139</sup> Véase P. ALEXIADIS / E. SEPENDA “Structural remedies: A Unique Antitrust Tool” (2013) *Concurrences* 2: ¶36 y también FTC (STAFF OF THE BUREAU OF COMPETITION) *A Study of the Commission Divestiture Process*, 1999.

supongan costes excesivos<sup>140</sup>. En sede sancionadora, la imposición de una obligación estructural procede por ejemplo cuando la persistencia y repetición de la infracción se deriva de la propia estructura de la empresa<sup>141</sup>; ya que no resulta posible el respeto y observancia de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas con su estructura actual<sup>142</sup>. Igualmente, si el comportamiento pasado del infractor hace prever la ineficacia de las obligaciones de comportamiento, el recurso a las obligaciones estructurales es adecuado y necesario<sup>143</sup>.

**69.** En efecto, la imposición de obligaciones estructurales suele ser una solución excepcional en los procedimientos sancionadores<sup>144</sup>, porque busca un cambio en las condiciones estructurales del mercado y en la posición en él de un operador, que normalmente habrá sido el fruto de su crecimiento orgánico y natural y del funcionamiento del mercado, aunque éste pueda haber incurrido en algún exceso<sup>145</sup>. Sin embargo, puede ser la solución lógica cuando la infracción está relacionada con la estructura y posición en el mercado del infractor<sup>146</sup>, más que con una conducta específica suya. La obligación estructural opera sobre esa posición de dominio, y consigue eliminar o reducir de un plumazo el poder de mercado del operador dominante<sup>147</sup>.

**70.** La decisión de la autoridad de defensa de la competencia que lleve a la imposición de este tipo de remedio exigirá entender adecuadamente porqué el mercado alcanzó esa situación y en qué medida la desinversión cambiará esa situación<sup>148</sup>. De modo análogo a cualquier otro remedio obligacional impuesto por las autoridades debe ser adecuado y necesario para restaurar las condiciones de competencia y restablecer el cumplimiento de la legalidad, pero dada su naturaleza y sus efectos, se exige una proporcionalidad más estricta<sup>149</sup>.

<sup>140</sup> Véase art. 7.1 Reglamento 1/2003 y art. 53.1.b) de la LDC. Adicionalmente, es lógico que la desinversión sea más fácil *ex ante* –preventivamente– en el marco del control de concentraciones, que frente a un operador dominante en el mercado [CRANDALL en EVANS (ed) *Microsoft, Antitrust and the New Economy: Selected Essays*, 2002, pp. 295-296].

<sup>141</sup> Véase considerando 12 del Reglamento 1/2003 (“*El presente Reglamento debe conferir explícitamente a la Comisión competencia para imponer cualquier remedio, sea de comportamiento o estructural, que sea necesario para poner efectivamente fin a la infracción y teniendo presente el principio de proporcionalidad. Los remedios estructurales sólo deben poderse imponer en ausencia de otro remedio de comportamiento igualmente eficaz, o cuando cualquier remedio de comportamiento resultaría más gravoso para la empresa que un remedio estructural. Imponer cambios en la estructura de la empresa tal y como era antes de cometer la infracción sólo responde al principio de proporcionalidad si de la propia estructura de la empresa se deriva un riesgo sustancial de una infracción duradera o reiterada*”). Véase también P. C. CARSTENSEN “Remedies for Monopolization from *Standard Oil* to *Microsoft* and *Intel*: The Changing Nature of Monopoly Law from Elimination of Market Power to Regulation of its Use” (2012) *Southern California Law Review* 85, p. 818 y LOWE / MAIER-RIGAUD *Fordham Competition Law Institute* 2008, p. 64 (“*the structure of the firm directly and inevitably produces incentives to violate competition law*”).

<sup>142</sup> Véase HJELMENG (2013) *Common Market Law Review* 50, p. 1014.

<sup>143</sup> Véase E. THOMAS SULLIVAN “*The Jurisprudence of Antitrust Divestiture: The Path Less Traveled*” (2002) *Minnesota Law Review* 86, p. 577.

<sup>144</sup> La desinversión no es adecuada ni necesaria si las obligaciones de comportamiento se han demostrado efectivos para remediar las restricciones y distorsiones de la competencia existentes, véase sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 4 de junio de 1951 (ponente H. Black) *Timkin Roller Bearing Co. v. U.S.*, 341 U.S. 593, 604 (1951). A diferencia del procedimiento de control de concentraciones, en el que es una medida –en principio– menos restrictiva de derechos que la prohibición de la operación notificada, y en el que suele ser una medida eficaz, véase PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, pp. 267-268.

<sup>145</sup> Véase PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, p. 267 (“*An order ending exclusionary conduct and the market’s own remedial forces are ordinarily better suited to eroding market share achieved or maintained by exclusionary practices*”) y p. 271 (“*Conduct remedies are generally preferable to structural remedies when the defendant achieved its monopoly power lawfully, but engaged in specific anticompetitive conduct*”).

<sup>146</sup> Véase PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, p. 267.

<sup>147</sup> Véase CARSTENSEN (2012) *Southern California Law Review* 85, pp. 841-842 (“*The goal of such relief would be the termination of the monopoly itself*”) y “*This requires a clearer recognition of the difference between cases challenging the conduct of a monopolist whose monopoly I itself not being challenged and those that challenge the monopoly itself*”).

<sup>148</sup> Véase JOSKOW “Transaction Cost Economics, Antitrust Rules, and Remedies” (2002) *Journal of Law, Economics, and Organization* 18, pp. 96 y 113-114.

<sup>149</sup> Frente a las obligaciones comportamiento, LIANOS en *Handbook on European Competition Law: Enforcement and Procedure*, p. 371. Como dice PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, p. 267: “*structural relief should be limited to instances where it is necessary to remove anticompetitive effects of the particular offense and can be accomplished without indirect costs that exceed the competitive benefits of the remedy*”.

71. El contenido de las obligaciones estructurales puede consistir en el cese de ciertas actividades de una empresa, de una rama del negocio, o de una empresa en su totalidad, normalmente mediante su enajenación a un tercero<sup>150</sup>. De ese modo se busca eliminar la posición de dominio de una empresa en el mercado. Alternativamente, pueden obligar a que se facilite el acceso a los competidores a determinadas instalaciones o activos esenciales para la competencia, incluyendo derechos de propiedad intelectual. Se busca, en tal caso, debilitar la posición de dominio y reducir las eventuales barreras de entrada al mercado de nuevos competidores.<sup>151</sup>

72. En cualquiera de los casos se trata de obligaciones de naturaleza invasiva de la libertad de empresa y del derecho de propiedad del operador afectado, que se ven limitados y condicionados gravemente. Es más, dado su carácter de expropiación parcial, pueden tener el efecto no deseado de disuadir a la empresa obligada de comportamientos perfectamente lícitos, eficientes y pro-competitivos, llevándole a una injustificada pérdida de economías de escala<sup>152</sup>, o reduciendo los incentivos a la innovación, en detrimento de los consumidores y del bienestar social<sup>153</sup>. Por ello, es aconsejable que la adopción de este tipo de medidas se acompañe de una estimación económica de su impacto en el bienestar del consumidor y en el bienestar general, que tenga en cuenta su eficiencia (productiva, distributiva y dinámica)<sup>154</sup>.

73. En principio, la eficacia y los efectos pro-competitivos de la imposición de obligaciones estructurales son inmediatos y suelen observarse inmediatamente<sup>155</sup>, además de resultar más fácil de administrar<sup>156</sup>. El control del cumplimiento de las obligaciones estructurales requiere una menor supervisión por las autoridades que la necesaria para las obligaciones de conducta<sup>157</sup>.

<sup>150</sup> La Decisión 72/21/CEE de la Comisión Europea de 9 de diciembre de 1971 (IV/26 811 *Continental Can Co.*) ordenó a Continental Can Co. Inc. la venta de su participación en Europemballage Corp., pero la orden nunca se ejecutó porque el TJUE la anuló en su sentencia de 21 de febrero de 1973, as. 6-72, *Europemballage Corp. & Continental Can Co. Inc. v Comisión*, ECLI:EU:C:1973:22.

<sup>151</sup> Véanse ¶¶106-121 y 159-202 Decisión de la Comisión Europea de 14 de abril de 2010 (COMP/39596 BA/AA/IB) por la que se acuerda la venta de derechos de despegue y aterrizaje (*slot agreements*) para permitir el desarrollo de algunas rutas alternativas (Londres-Miami, Londres-Nueva York, Londres-Boston, Londres-Dallas) que compitan con las de las empresas parte en la sociedad conjunta.

<sup>152</sup> Véase CAVANAUGH (2005) *Oregon Law Review* 84, p. 191 y H. SHELANSKI / G. J. SIDAK “Antitrust Divestiture in Network Industries” (2001) *University of Chicago Law Review* 68, p. 29.

<sup>153</sup> Fuera del restablecimiento de la legalidad y la restauración de las condiciones de competencia, cualquier análisis económico de su impacto en la eficiencia, precios, calidad e innovación convierte a la imposición de estas obligaciones en un análisis similar al que se realiza en materia de control de concentraciones, con las limitaciones predictivas que presenta, véase JIMÉNEZ / PRIETO en *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, 140-43.

<sup>154</sup> En general, ampliamente (con referencia detallada y crítica al caso *AT&T* y a las propuestas de división de *Microsoft*) véase SHELANSKI / SIDAK (2001) *University of Chicago Law Review* 68, pp. 53-90.

<sup>155</sup> No obstante, es discutible si verdaderamente alcanzan los objetivos que se marcan, véase R. W. CRANDALL “The Failure of Structural Remedies in Sherman Act Monopolization Cases” en D. EVANS (ed) *Microsoft, Antitrust and the New Economy: Selected Essays*, 2002, p. 350 (que concluye que hay “*remarkably little evidence that these cases and the relief emanated from them had a positive effect on competition and consumer welfare*”).

<sup>156</sup> Véase TOM / WELLS (2003) *George Mason Law Review* 12, p.395. Así, por ejemplo, obligación de desinvertir sus participaciones en el capital de otras refinadoras de crudo que otorgaba a *Standard Oil* más del 90% del mercado, poder que utilizaba para controlar el cartel del transporte ferroviario de petróleo refinado en detrimento de las refinadoras independientes, Sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 15 de mayo de 1911 (ponente E. D. White) *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 U.S. 1 (1911); véase CAVANAUGH (2005) *Oregon Law Review* 84, p. 191. Aunque la facilidad de administración es discutible, pues es muy posible que sea necesario una supervisión detallada de la desinversión (como ocurrió en *AT&T*), véase KOVACIC (1999) *Connecticut Law Review* 31, p. 1303.

<sup>157</sup> Véase JIMÉNEZ / PRIETO en *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, p. 145 (el control del cumplimiento de las obligaciones de desinversión es menos costoso que el de las obligaciones de licencia o de cualquier otra obligación de hacer, que implican a la postre a las autoridades en la gestión diaria de la empresa).

74. Como ya se ha apuntado, la venta de activos empresariales o la desinversión son las obligaciones estructurales por excelencia, pero también lo es la imposición de acceso a determinados recursos y activos esenciales. Este último se considera un remedio cuasi-estructural<sup>158</sup>. Otro tanto ocurre con la obligación de licenciar determinados derechos de propiedad intelectual o patentes<sup>159</sup>.

75. En efecto, las obligaciones de acceso consisten en el mandato de permitir el acceso a determinados recursos tecnológicos o infraestructuras o en la garantía y aseguramiento de la inter-operatividad de los productos o servicios del infractor con los de otros operadores. El cumplimiento de ese mandato puede requerir la realización de cambios en la estructura de la empresa obligada para garantizar su efectividad, lo que les convierte en remedios cuasi-estructurales<sup>160</sup>.

76. La Comisión Europea ha impuesto obligaciones estructurales en varias ocasiones (incluidas algunas decisiones previas a la entrada en vigor del Reglamento 1/2003<sup>161</sup>). Esta solución se ha empleado en el sector energético, acogiendo los compromisos presentados por las empresas con arreglo al art. 9 del Reglamento 1/2003<sup>162</sup>: Distrigaz<sup>163</sup>, EDF<sup>164</sup>, EON<sup>165</sup>, RWE<sup>166</sup>, Gaz de France<sup>167</sup>, ENI<sup>168</sup> y CEZ<sup>169</sup>.

77. En cambio, la praxis norteamericana en materia de imposición de obligaciones de desinversión y otras obligaciones estructurales es mucho más rica que la europea<sup>170</sup>, aunque también allí se conciben como remedios excepcionales<sup>171</sup>. Aun así, algunos de los casos más famosos en la historia del derecho de defensa de la competencia norteamericano concluyeron con la imposición de obligaciones estructurales<sup>172</sup>.

<sup>158</sup> La obligación de proporcionar acceso no discriminatorio a las infraestructuras de la terminal ferroviaria (que se consideró una infraestructura esencial, siendo un abuso de monopolio la negativa de acceso) en el caso de *U.S. v. Terminal Railroad Association*, 224 U.S. 383 (1912), sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 22 de abril de 1912 (ponente H. H. Lurton).

<sup>159</sup> UNCTAD, *Appropriate sanctions and remedies*, 2010, ¶22. Véase WERDEN (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 71 (“targeted structural remedy”). Véase *infra* §V.5.B.b.vi.

<sup>160</sup> ALEXIADIS / SEPENDA (2013) *Concurrences* 2: ¶¶11-12 y 24-34 (que revisan los casos en los que la Comisión ha utilizado estos remedios).

<sup>161</sup> Véanse Decisiones de 10 de noviembre de 1992 (IV/33.440 *Warner Lambert/Gillette*), que impuso a *Gillette* la obligación de desprenderse de su participación en el capital de *Eemland* que le permitían ejercer influencia en la política comercial de *Wilkinson* y de 20 de marzo de 2001 (COMP/35.141 *Deutsche Post AG*) que impuso la obligación de separar las actividades reservadas y no reservadas de *Deutsche Post* para evitar las subvenciones cruzadas entre ambas (¶¶18-22).

<sup>162</sup> ALEXIADIS / SEPENDA (2013) *Concurrences* 2: ¶¶13 y 17.

<sup>163</sup> Decisión de 11 de octubre de 2007 (COMP/B-1/37966 *Distrigaz*).

<sup>164</sup> Decisión de 17 de marzo de 2010 (COMP/39.386 *Long-term contracts France*).

<sup>165</sup> Véanse Decisiones de 26 noviembre de 2008 (COMP/39.388 *German Electricity Wholesale Market*, y COMP/39.389 *German Electricity Balancing Market*). Véase P. CHAUVE / M. GODFRIED / K. KOVÁCS / G. LANGUS / K. NAGY / S. SIEBERT “The E.ON electricity case: an antitrust decision with structural remedies” (2009) *Competition policy newsletter* 1-2009, pp. 51-54 y, muy críticamente, SADOWSKA (2011) *World Competition* 31, pp. 449-476. Véase también Decisión de 4 de mayo de 2010 (COMP/39.317 *E.ON Gas*).

<sup>166</sup> Decisión de 18 de marzo de 2009 (COMP/39.402 *RWE Gas Foreclosure*).

<sup>167</sup> Decisión de 3 de diciembre de 2009, COMP/39.316 *Gaz de France*. Sobre los remedios de liberación de capacidad en los gaseoductos en este caso (y también el último referido *supra* n163) véase R. CARDOSO / S. KIJEWski / O. KOCH / P. LINDBERG / K. NAGY “The Commission’s GDF and E.ON Gas decisions concerning long-term capacity bookings. Use of own infrastructure as possible abuse under Article 102 TFEU” (2010) *Competition policy newsletter* 3-2010, pp. 8-11.

<sup>168</sup> Decisión de 29 de septiembre de 2010, COMP/39.315 *ENI*. Véase F. MAIER-RIGAUD / F. MANCA / U. VON KOPPFELDS “Strategic underinvestment and gas network foreclosure - the ENI case” (2011) *Competition Policy Newsletter* 1-2011, pp. 18-23.

<sup>169</sup> Decisión de 10 de diciembre de 2015 (COMP/39.727 *BEH Electricity*).

<sup>170</sup> Aunque el último caso de desinversión por un abuso de dominio decidido por el Tribunal Supremo norteamericano es la Sentencia de 13 de junio de 1966 (ponente W. O. Douglas), *U.S. v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563 (1966).

<sup>171</sup> Véanse RICHARD A. POSNER *Antitrust Law*, 2ª ed. 2001, 107 y SULLIVAN (2002) *Minnesota Law Review* 86, p. 574 (“While the Supreme Court will likely continue to consider divestiture as a viable remedy, the Court may reserve the remedy for only the most exceptional and unique cases”).

<sup>172</sup> Un análisis en Note: “Aspects of Divestiture as an Antitrust Remedy” (1963) *Fordham Law Review* 32, pp. 135-146 (aunque, por las características del sistema institucional federal norteamericano –véase *supra* n20– sean considerados análogos a las desinversiones en materia de fusiones).

Las desinversiones más famosas son las de *Standard Oil*<sup>173</sup>, *American Tobacco*<sup>174</sup>, *Alcoa*<sup>175</sup>, *Paramount Pictures*<sup>176</sup> y *AT&T*<sup>177</sup>. Cuando una compañía desarrolla dos actividades relacionadas y aprovecha la posición de dominio en una de ellas para realizar prácticas abusivas de vinculación de prestaciones, la desinversión de una de ellas puede ser un remedio adecuado para restablecer la libre competencia<sup>178</sup>. De igual manera, cuando la integración vertical de los operadores dominantes en la industria cinematográfica norteamericana permitía a las productoras discriminar a las salas de exhibición que no les pertenecían, la enajenación de estas se presentó como una alternativa adecuada para salvaguardar y promover la competencia<sup>179</sup>.

78. Los remedios estructurales se discutieron también en Estados Unidos en el caso *Microsoft*, donde los abusos de su sistema operativo llevaron a las autoridades a plantear incluso la división de *Microsoft* en dos compañías independientes<sup>180</sup>; finalmente, la solución adoptada consistió en la imposición de obligaciones cuasi-estructurales (acceso y licencia) y de comportamiento<sup>181</sup>.

<sup>173</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 15 de mayo de 1911, *Standard Oil Co. of New Jersey v. U.S.*, 221 U.S. 1 (1911). Su eficacia fue muy cuestionable porque no mejoró las condiciones de competencia en el mercado, SULLIVAN (2002) *Minnesota Law Review* 86, p. 579 (“the divestiture order merely transformed one nation-wide monopoly into thirty-four regional monopolies, which divided the United States into eleven marketing territories”, cita omitida), también para CRANDALL en EVANS (ed) *Microsoft, Antitrust and the New Economy: Selected Essays*, 2002, p. 306. De opinión contraria es CARSTENSEN (2012) *Southern California Law Review* 85: 823 (“while the decree was less than perfect, it moved the industry in the correct direction from a competition policy perspective”).

<sup>174</sup> Sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 29 de mayo de 2011 (ponente E.D. White) *U.S. v. American Tobacco Co.*, 221 U.S. 106 (1911). No hay evidencia de que esta decisión mejorase el bienestar del consumidor según CRANDALL en EVANS (ed) *Microsoft, Antitrust and the New Economy: Selected Essays*, 2002, p.310.

<sup>175</sup> Sentencia del Tribunal Federal de Apelaciones del Segundo Circuito de 12 de marzo de 1945 (ponente Learned Hand), *U.S. v. Aluminium Company of America* (Alcoa), 131 F.2d 416 (2d Cir. 1945). Una visión crítica de esta decisión y del remedio adoptado en RICHARD A. EPSTEIN “Monopolization Follies: The Dangers of Structural Remedies under section 2 of the Sherman Act” (2009) *Antitrust Law Journal* 76, pp. 210-220.

<sup>176</sup> Sentencia de 3 de mayo de 1948 (ponente W. O. Douglas), *U.S. v. Paramount Pictures*, 334 U.S. 131 (1948).

<sup>177</sup> Sentencia del Tribunal Federal de Distrito del Distrito de Columbia de 28 de febrero de 1983 (ponente H. H. Greene), *U.S. v. American Telephone & Telegraph Company*, 552 F. Supp. 131 (D.D.C. 1982). Se considera por algunos “the most successful antitrust structural remedy in history” (POSNER *Antitrust Law* 111). También SULLIVAN (2002) *Minnesota Law Review* 86, pp. 584-587 y CARSTENSEN (2012) *Southern California Law Review* 85, p. 829. *AT&T* utilizaba su monopolio de la telefonía local para beneficiar a ATT en el mercado de larga distancia (también en el de fabricación de equipamiento, perjudicando a sus rivales en las llamadas de larga distancia (*MCI*) que necesitaban la conexión local para que las llamadas tuvieran lugar. El *Modified Final Judgment* del Tribunal de Distrito del Distrito de Columbia de 24 de Agosto de 1982 disolvió el sistema, imponiendo una separación de larga distancia y las redes locales (*baby bells*) limitadas a dar servicio local (luego sustituido por *Telecommunications Act* of 1996). Una visión crítica de esta decisión en EPSTEIN (2009) *Antitrust Law Journal* 76, pp. 225-231 y “The AT&T Consent Decree: In Praise of Interconnection Only” (2008) *Federal Communications Journal* 61, pp. 149-165.

<sup>178</sup> *Pullman Inc.* fabricaba y gestionaba coches-cama para transporte ferroviario, aprovechó su dominio en la gestión para realizar prácticas abusivas en la fabricación, el Tribunal Supremo Norteamericano la ordenó desinvertir una u otra actividad, aunque parece que esta medida no consiguió el propósito esperado, SULLIVAN (2002) *Minnesota Law Review* 86, pp. 580-582 [“The divestiture left the industry subject to monopoly control (by the large railroads instead of Pullman) and made Pullman a stronger, more financially viable company”, id. 582]. Véase también POSNER *Antitrust Law*, p. 109.

<sup>179</sup> Sentencia de 3 de mayo de 1948, *U.S. v. Paramount Pictures*, 334 U.S. 131, 174-175 (1948). Aunque es discutible que a largo plazo hayan conseguido ese objetivo, véase SULLIVAN (2002) *Minnesota Law Review* 86, pp. 583-584 (en la medida que ralentizó e impidió adquisiciones sucesivas de las salas de exhibición por otros exhibidores). De distinta opinión es M. CONANT “The Paramount Decrees reconsidered” (1984) *Law & Contemporary Problems* 44, pp. 79-107.

<sup>180</sup> Que llegó a ordenarse por el Tribunal federal de Distrito del Distrito de Columbia en su Auto de 7 de junio de 2000, *U.S. v. Microsoft Corp.* (ponente T. P. Jackson) 97 F. Supp. 2d 59, 64 (D.D.C. 2000), anulada en este punto por la sentencia del Tribunal de Apelación del Circuito del Distrito de Columbia de 27 de junio de 2001 (*per curiam*), *U.S. v. Microsoft Corp.* 253 F.3d 34, 74-76 y 106-107 (D.C. Cir. 2001). Véase LOPATKA / PAGE (2001) *George Mason Law Review* 9/3, pp. 698-699 y 710-712 (que analizan también los costes e ineficiencias que la separación vertical entrañaba).

<sup>181</sup> Hubo varios pronunciamientos judiciales para validar los acuerdos alcanzados con Microsoft en función de los distintos demandantes [la principal es la sentencia del Tribunal Federal del Distrito de Columbia de 1 de noviembre de 2002, *NY v. Microsoft Corp.* 224 F. Supp. 2d 76 (DC Cir. 2002), que fue confirmada por la sentencia de 30 de junio de 2002, ponente D. H. Ginsburg, *Massachusetts v. Microsoft*, 373 F. 3d 1199, 1230 (DC Cir. 2004)], véanse R. B. HESSE “Section 2 and U.S. v. Microsoft: What is to be learned?” (2009) *Antitrust Law Journal* 75/3, pp. 857-861; D. L. RUBINFELD “Access remedies in Antitrust High Technology Cases” en F. LEVEQUE / H. SHELANSKI (eds) *Merger Remedies in American and European Union Competition Law*, 2003, pp. 146-157.

## B) Obligaciones de comportamiento

79. Las obligaciones de conducta son el remedio preferido por el legislador cuando el expediente sancionador concluye con la imposición de obligaciones a los sujetos investigados. En este caso, el cese de la infracción se concreta y materializa a través de la imposición de obligaciones específicas de comportamiento. La autoridad de competencia prescribe y regula el comportamiento del infractor. Este desarrollo y concreción del remedio por la autoridad de competencia persigue eliminar cualquier incertidumbre sobre qué conducta ha de verificar para cumplir con su decisión, restableciendo la legalidad y la libre competencia en el mercado.

80. Se trata de obligaciones que tienen vocación prospectiva, con una duración limitada en el tiempo y cuyos efectos pueden revertirse<sup>182</sup>. En términos generales, se trata de obligaciones de hacer o de no hacer, que limitan la capacidad del infractor de comportarse libremente<sup>183</sup>, normalmente respecto de la contratación en el mercado o respecto del ejercicio de derechos de propiedad. Se limita la libertad contractual (que normalmente y en condiciones normales mejora el bienestar social y es lo más eficiente) cuando se ha abusado de ella<sup>184</sup>.

81. Como ocurre con las obligaciones estructurales, existe el riesgo de que las obligaciones de conducta conduzcan a la eliminación de comportamientos pro-competitivos de las empresas y, por ello, su diseño debe evitar que esto ocurra<sup>185</sup>. Rigen aquí también las exigencias de adecuación, necesidad y proporcionalidad ya reseñadas. Adicionalmente, requieren un control o supervisión más intensa que las obligaciones estructurales<sup>186</sup>.

82. Las obligaciones de conducta adoptan diversas modalidades en función de la infracción frente a la que reaccionan<sup>187</sup>. Así, frente a la negativa de suministro o de licencia, se impone la obligación de suministro o de licenciar. Frente a los abusos en materia de precios (discriminación, descuentos selectivos o precios predatorios) se impone la obligación de establecer precios justificados por consideraciones objetivas. Frente a las ventas vinculadas o en paquete, se impone la obligación de no continuar con ellas y de vender los productos/servicios de manera independiente y separada. Frente a un acuerdo de exclusividad, que cierra el mercado, se impone la terminación y renuncia a la misma como obligación.

83. Los apartados siguientes examinan, de manera no exhaustiva, algunas de las obligaciones de conducta que se han impuesto por las autoridades de defensa de la competencia, distinguiendo las que se formulan de manera negativa (como obligaciones de no hacer o prohibiciones, *infra* §V.5.B.a) de las que lo hacen de manera positiva (como obligaciones de hacer, *infra* §V.5.B.b)<sup>188</sup>.

<sup>182</sup> A diferencia de las obligaciones estructurales, con las obligaciones de conducta existe un mayor riesgo de que los afectados actúen para soslayarlas o evitar su eficacia, véase FOX (2005) *Tulane Law Review* 80, p. 574.

<sup>183</sup> PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, p. 266.

<sup>184</sup> PAGE (2009) *Antitrust Law Journal* 75: 778-779. Pero la limitación de la libertad contractual del presunto infractor tiene sus límites y el TGUE ha declarado que, en la medida que existan vías alternativas, “como la libertad contractual debe seguir siendo la norma, en principio no puede reconocerse a la Comisión, en el marco de las facultades de intimación de que dispone para hacer cesar las infracciones del apartado 1 del artículo 85, la facultad de intimar a una parte para que establezca relaciones contractuales, ya que por lo general la Comisión dispone de vías adecuadas para obligar a una empresa a poner fin a una infracción” [¶51 de la STGUE de 18 de septiembre de 1992, T-24/90 *Automec v. Comisión* (ECLI:EU:T:1992:97)].

<sup>185</sup> LOPATKA / PAGE (2001) *George Mason Law Review* 9/3, p. 700.

<sup>186</sup> KOVACIC (1999) *Connecticut Law Review* 31, p. 1293 (“they can entail extensive judicial supervision and continuing intervention to interpret remedial commands and see that they are obeyed”).

<sup>187</sup> SHELANSKI, / SIDAK (2001) *University of Chicago Law Review* 68, p. 52 [“A prohibitory injunction is appropriate when the defendant has engaged in active illegal conduct—for example, imposing an exclusive provision in a supply contract that prevents a supplier or a customer from dealing with the defendant’s rivals. Less often, a mandatory injunction may be necessary if the defendant has illegally refused to deal. If the defendant has illegally acquired durable monopoly power or market power, the court may issue a structural injunction, require the defendant to divest (or not to acquire) certain assets”].

<sup>188</sup> La clasificación de las obligaciones impuestas como positivas (de hacer) o negativas (de no hacer) puede resultar un tanto artificial en la medida en que ocasionalmente puede formularse una directriz de comportamiento destinada a conseguir un mismo resultado tanto como una obligación positiva como negativa (prohibición).

### a) Obligaciones de conducta negativa (prohibiciones)

**84.** La obligación negativa por excelencia es la orden de cesación de la conducta prohibida (*supra* §IV), pero se conceptúa aquí como un remedio independiente y distinto del mandamiento de cese y desistimiento de la conducta infractora. Por tanto, las obligaciones de conducta negativa comprenderán la imposición de obligaciones de no hacer que van más allá del mero cese en la infracción, a través de la descripción y concreción por la autoridad de defensa de la competencia de otras conductas concretas que se prohíben.

**85.** Es el caso, por ejemplo, de las órdenes de anulación de contratos a través de los que se materializaba la conducta anticompetitiva<sup>189</sup>. Así ocurre, por ejemplo, cuando se impone prohibición de utilizar las cláusulas de exclusividad en la distribución de productos por un operador dominante<sup>190</sup>. Igualmente, cuando la práctica prohibida consistía en la restricción al canal farmacia de la venta de determinados productos alimenticios (acompañada de una fijación de precios de venta al público), que era anunciada como tal por los fabricantes, se prohíbe establecer esa exclusividad en sus contratos de distribución y se les ordena dejar de anunciar la venta exclusiva en farmacias<sup>191</sup>.

**86.** No obstante, no está justificada la prohibición genérica de las cláusulas de exclusividad en la venta de productos o en la contratación de servicios, sino tan sólo en aquéllos casos en los que por las circunstancias en que se utilicen existe una infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas y las exclusivas conducen a un cierre del mercado<sup>192</sup>.

### b) Obligaciones de conducta positiva

**87.** Cuando la conducta presuntamente anticompetitiva ha modificado sustancialmente el mercado y la mera prohibición de determinadas prácticas no es suficiente para restablecer la situación competitiva previa a la infracción, las autoridades de defensa de competencia puede recurrir a la imposición de remedios obligacionales que se formulen en términos positivos<sup>193</sup>. Expresadas en términos afirmativos, las obligaciones de hacer que se imponen al infractor buscan corregir un comportamiento pasado que se estima anticompetitivo e ilícito. Constituyen algo distinto de la orden de remoción de efectos (*infra* §VI), porque lo que estas obligaciones positivas persiguen es modificar el comportamiento de la empresa para hacerlo procompetitivo y presumiblemente lícito en el futuro. Las obligaciones de hacer no persiguen otra cosa que especificar, sin lugar a dudas, el comportamiento requerido por la autoridad.

**88.** En efecto, en ocasiones, dado el poder de mercado que acumula un operador, las obligaciones de conducta negativas no son suficientes si no se acompañan de mandatos positivos que busquen restaurar el equilibrio competitivo en el mercado<sup>194</sup>. El catálogo de posibles obligaciones de hacer que pueden imponerse depende del tipo y de las características de la conducta del presunto infractor y de la valoración de la autoridad sobre su carácter anticompetitivo, y se busca corregirlo, eliminando cualquier

<sup>189</sup> WALLER (2009) *Antitrust Law Journal* 76: 17.

<sup>190</sup> Véase *Sentencia del Tribunal Federal de Distrito de Delaware de 26 de abril de 2006*, ponente S. L. Robinson (“*Dentsply shall not condition the sale of its teeth or any other product to a dealer, or authorize a person as a dealer of Dentsply teeth, based on that dealer's sale of non-Dentsply teeth or that dealer's consideration to sell non-Dentsply teeth*”), como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Federal de Apelación del Tercer circuito de 24 de febrero de 2005. *U.S. v. Dentsply*, 399 F.3d 181 (3d Cir. 2005, ponente J. F. Weis).

<sup>191</sup> Véase RTDC de 11 de diciembre de 1998 (409/97 *Alimentos infantiles*, ponente F. Bermejo).

<sup>192</sup> Véanse §§205-210 de la STGUE (sala 2ª ampliada) de 8 de junio de 1998, *Langnese Iglo GmbH*, T-7/93 (ECLI:EU:T:1995:98) y §§159-164 de la STGUE (sala 2ª ampliada) de 8 de junio de 1995, *Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG v. Comisión*, T-9/93 (ECLI:EU:T:1995:99).

<sup>193</sup> Véase BARNETT (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 38 (“*When extensive changes have occurred in the affected market, it may be difficult or even impossible to reestablish an opportunity for competition simply by barring the specific exclusionary practices or other, similar conduct. In those situations, a conduct remedy requiring affirmative steps may be necessary to reestablish the opportunity for competition*”).

<sup>194</sup> CAVANAUGH (2005) *Oregon Law Review* 84, p. 189 (e incluso así resultar insuficientes).

duda o vestigio sobre su carácter anticompetitivo. El caso paradigmático de obligación positiva busca corregir una omisión que cabe tildar de anticompetitiva e ilícita. El elenco que se ofrece a continuación no pretende ser exhaustivo, pero puede imponerse la obligación de contratar (*infra* §V.5.B.b.i), la obligación de modificar un contrato (*infra* §V.5.B.b.ii) o la obligación de comunicar y/o publicitar la decisión de la autoridad (*infra* §V.5.B.b.iii). Las prácticas anticompetitivas relacionadas con la explotación de patentes u otros derechos de propiedad intelectual han dado lugar a la imposición de obligaciones de conducta específicas sobre ellos (*infra* §V.5.B.b.iv). Teóricamente, también cabe plantearse que las autoridades impusieran obligaciones de reembolsar los beneficios ilícitos obtenidos o de compensar el daño (*infra* §V.5.B.b.v). En fin, las obligaciones de conducta que se impongan pueden ser muy heterogéneas en función de la situación que intentan remediar (*infra* §V.5.B.b.vi).

### i) Obligación de contratar

89. En este caso, la restauración y el restablecimiento de las condiciones de competencia en el mercado requieren la imposición al infractor de la obligación de contratar con otros sujetos en condiciones razonables. En muchos casos la implementación de este mandato puede no resultar fácil<sup>195</sup>.

90. La obligación de contratar comprende también aquéllos supuestos en que, habiendo existido por parte de un operador dominante la negativa a contratar o suministrar, se impone la obligación de suministrar de sus bienes o servicios a otros operadores<sup>196</sup>. El mercado de los servicios de mantenimiento de productos fabricados por operadores dominantes puede presentar una situación análoga, y se impone —en tal caso— la obligación de suministrar recambios en condiciones comerciales razonables y a precios fijos<sup>197</sup>.

91. Esta situación se plantea también en aquellos supuestos en que el acceso a determinados insumos es esencial para competir en el mercado (así, por ejemplo, la programación semanal de TV para desarrollar un negocio de guías semanales de TV)<sup>198</sup>. El supuesto es análogo también al que se suscita cuando se priva del acceso a una organización a un operador cuando la pertenencia a la misma es indispensable para actuar en el mercado y comportarse de manera competitiva<sup>199</sup>.

92. En la experiencia española, ante una negativa de suministro del operador dominante tanto en el mercado de fabricación como de distribución de labores de tabaco, se impuso la obligación de suministro en condiciones razonables y no discriminatorias<sup>200</sup>. Igualmente, en otro caso, se impuso

<sup>195</sup> Véase PAGE (2009) *Antitrust Law Journal* 75, p. 779 (“Mandatory dealing remedies are also rare because they are difficult to implement”).

<sup>196</sup> *Commercial Solvens Corporation* (CSC) había interrumpido el suministro de amino-butanol a uno de sus clientes (*Laboratorio Chimico Farmaceutico Giorgio Zoja S.p.A.*) cuando se trataba de un componente era necesario para la fabricación por Zoja de un medicamento antituberculoso (ethambutanol), la decisión se había adoptado precisamente coincidiendo con la integración vertical de CSC para producir ese medicamento ella misma. La Comisión ordenó el suministro inmediato a Zoja y la presentación a la Comisión para su aprobación de un plan de suministro en el futuro (art. 2 de la Decisión 72/457/CEE de 14 de diciembre de 1972, *IV/26.911 ZOJA/CSC-ICI*), confirmada por STJUE de 6 de marzo de 1974, *Istituto Chemioterapico Italiano S.p.A. y Commercial Solvents Corp. V. Comisión*, asuntos 6 y 7/73 (ECLI:EU:C:1974:18). Véase también artículo 3 de la decisión de la Comisión 78/68/CEE de 8 de Diciembre de 1977 (*IV/29.132 Hugin/Liptons*), anulada por el TJUE al estimarse que la Comisión no había acreditado que la conducta de Hugin afectara al comercio entre los Estados Miembros (STJUE de 31 de mayo de 1979, asunto 22/78, *Hugin Kassaregister AB & Hugin Cash Registers Ltd. v Comisión*, ECLI:EU:C:1979:138, ponente M Sørensen).

<sup>197</sup> Véase Decisión de la Comisión Europea de 13 de diciembre de 2011 (COMP/39692/ *IBM Servicios Mantenimiento*).

<sup>198</sup> Si la cesión tiene lugar a través de licencias, los cánones que se cobren deben ser razonables, véase art. 2 de la Decisión de la Comisión Europea 89/205/CEE de 21 de diciembre de 1988 (*IV/31.851 Magill TV Guide/ITP, BBC & RTE*), confirmada después por SSTGUE (Sala 2ª) de 10 de julio de 1991, T-76/89, *ITP v Comisión* ECLI:EU:T:1991:41; T-69/89, *RTE v. Comisión* ECLI:EU:T:1991:39; T-70/89 *BBC v Comisión* ECLI:EU:T:1991:40; y en apelación por STJUE (Pleno) de 6 de abril de 1995, C-241 y 242/91P, *RTE e ITP v. Comisión*, ECLI:EU:C:1995:98 (ponente G.C. Rodríguez Iglesias).

<sup>199</sup> Véase, por ejemplo, la imposición de la obligación de reanudar el sistema de pases en común para todas las zonas de esquí, sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 19 de junio de 1985 (ponente J. Stevens) *Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp.*, 472 U.S. 585 (1985).

<sup>200</sup> Confirmando las medidas cautelares previas impuestas por las RTDC de 26 de mayo de 1997 (MC 25/97 *Tabacalera*,

al operador dominante la obligación de proporcionar acceso a la interconexión al servicio telefónico aeroportuario a una empresa a la que antes se le había denegado el acceso, impidiendo su entrada en el mercado<sup>201</sup>.

## ii) Obligación de modificar un contrato

**93.** Un amplio conjunto de supuestos buscan alterar las reglas contractuales con arreglo a las cuales un sujeto opera en el mercado, tratando de reformar o eliminar aquéllas reglas o condiciones en los contratos que se consideran anticompetitivas o que provocan o inducen a una conducta anticompetitiva<sup>202</sup>.

**94.** El grado de concreción de la obligación de reformar el contrato varía de un caso a otro, y puede requerir la renegociación del mismo con el resto de los contratantes<sup>203</sup>. El caso extremo supone la obligación de rescindir o dejar sin efectos un contrato que se ha estimado anticompetitivo<sup>204</sup>.

**95.** Tratándose en muchos casos de abusos de posición dominante<sup>205</sup>, no es infrecuente, que se imponga la obligación de eliminar las cláusulas o condiciones contractuales de exclusividad de un operador dominante en el mercado<sup>206</sup>. En otros casos, en la medida que la conducta anticom-

---

ponente J. Rubí, con varios votos particulares), de 30 de julio de 1997 (MC 21/97 *Tabacalera*, ponente J. Rubí) y de 22 de diciembre de 1997 (MC 25/97 *Tabacalera*), véase RTDC de 24 de abril de 2002 (486/00 *McLane/Tabacalera*, ponente J. Pascual) y SSTs de 3 de marzo de 2009 (ponente M. Campos, [ECLI: ES:TS:2009:985](#) y ponente J. M. Bandrés [ECLI: ES:TS:2009:1009](#)) pero que suscitó una controvertida ejecución (véase *infra* n267 y 274)

<sup>201</sup> RTDC de 1 de febrero de 1995 (350/94 *Teléfonos en aeropuertos*, ponente A. Petitbó), confirmada por STS de 6 de marzo de 2003 (recurso 9710/1997, ponente M. Campos), confirmando las medidas cautelares de RTDC de 8 de abril de 1994 y de 7 de noviembre de 1994 (MC 8/1994 *Teléfonos en aeropuertos*): “ordenar a TELEFÓNICA que suprima los obstáculos que opone para la concesión de líneas telefónicas a 3C Communications”.

<sup>202</sup> La RTDC 7 de marzo de 2005 (575/04 *Fabricantes de cartón 2*, ponente E. Conde) obliga a modificar contratos de licencia y sub-licencia entre AFCO y una empresa de cartonajes (que devenía fabricante exclusiva para todos los asociados de AFCO) y también a modificar el sello de calidad de la asociación que impedía fabricar cartón sin ajustarse a ciertos parámetros (confirmada STS de 1 de marzo de 2012, [ECLI: ES:TS:2012:1110](#), ponente J. M. Bandrés). Véase también art. 4 de la Decisión de la Comisión 98/538/CE de 17 de julio de 1998 (IV/36.010-F3 *Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato-AAMS*): “En particular, la AAMS modificará las cláusulas de los contratos de distribución aún en vigor, mencionadas en el artículo 2, de tal modo que queden eliminados los abusos comprobados en la presente Decisión. Comunicará los nuevos contratos de distribución a la Comisión”.

<sup>203</sup> Véase artículo 5 de la Decisión de la Comisión 94/980/CE de 19 de octubre de 1994 (IV/34.446 *Trans Atlantic Agreement*), el TGUE anuló precisamente esta norma de la decisión de la Comisión que había impuesto la obligación de renegociar o terminar los contratos de prestación de servicios entre los cargueros y la conferencia marítima que no fueran considerados ilegales conforme al artículo 101 del TFUE (sólo las cláusulas del TAA sobre la fijación de precios y la capacidad lo eran), véase sentencia (sala 3ª) de 28 de febrero de 2002 T-395/94 *Atlantic Container Line AB y otros v. Comisión* ([ECLI:EU:T:2002:49](#)).

<sup>204</sup> Los contratos de gestión publicitaria investigados en RCNC de 30 de julio de 2011 (S/0245/10 *Antena3/VeoTV/Disney Channel*, ponente J. Costas).

<sup>205</sup> Una reciente excepción es el acuerdo por el grupo Godó y por el grupo Vocento para la comercialización conjunta y la oferta de espacios publicitarios en revistas semanales, que pudiera considerarse objetivamente anticompetitivo, se impone la obligación (*rectius* el compromiso) de que la contratación de servicios se realice de determinada manera, con una fijación independiente de tarifas y creándose un departamento específico para la facturación de esos servicios mediante la creación de un departamento específico para la facturación, que no comparta la información con ninguno de los grupos partícipes en el acuerdo (véase RCNC de la CNC de 30 de junio de 2011 (S/0246/10 *Godó/Vocento*, ponente J. Costas). Véase también resuelve 3º y 4º de la RCNC 24 noviembre 2011 (S/0232/10 *Prisa/GrupoZ*, ponente P. Sánchez), aunque esta última ha sido anulada por SAN de 7 de mayo de 2013 (ponente M. Pedraz, [ECLI:ES:AN:2013:1991](#)).

<sup>206</sup> En el conocido caso *Lorain Journal* [sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 11 de diciembre de 1951 (ponente H. H. Burton), *Lorain Journal Co. v. United States* 342 U.S. 143 (1951)], un periódico local que controlaba el mercado de la publicidad local y rechazaba vender espacio publicitario a los comerciantes que hacían publicidad en una emisora de radio local. El Tribunal Supremo confirmó el carácter ilícito de su conducta, que excluía del mercado a su principal rival [342 U.S. 143, 150-154 (1951)], confirmando el remedio de eliminar la exclusividad en su política publicitaria y de divulgar públicamente que lo estaba haciendo [342 U.S. 143, 157-158 (1951)]. Véase PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, vol. 1, p. 271. Entre nosotros, la RTDC de 25 de junio de 2001 (497/00 *Seguros Médicos de Ciudad Real*, ponente M. Comenge) ordena al Seguro Colegial Médico Quirúrgico, S.A. eliminar las cláusulas de exclusividad en los contratos de arrendamiento de servicios con los médicos de su plantilla (“no podrá prestar servicios de su profesión y de ninguna especialidad de la misma a cualquier otra compañía de seguros privados de asistencia sanitaria”), como remedio frente a su abuso de posición dominante

petitiva prohibida se materializa en el precio, se obliga a modificar las cláusulas de determinación del precio<sup>207</sup>.

96. De otro lado, en los contratos de distribución es posible que algunas limitaciones impuestas por el fabricante se consideren anticompetitivas, y deban modificarse para acomodarse a la legislación de defensa de la competencia<sup>208</sup>. Otro tanto ocurre si el carácter anticompetitivo se deriva de la duración excesiva de un contrato de distribución o del ámbito de las cláusulas de no competencia, ordenándose modificar esas cláusulas<sup>209</sup>.

97. Finalmente, cuando un acuerdo anticompetitivo se ha articulado a través de una entidad que incluía en sus estatutos sociales algunas reglas que podían provocar o producir efectos anticompetitivos, la decisión de la autoridad de competencia impone la obligación de reformarlas<sup>210</sup>.

### iii) Obligaciones de comunicación/publicidad de la decisión de la autoridad

98. La información y divulgación pública de la decisión de la autoridad de la competencia puede contribuir al restablecimiento de la legalidad vulnerada y de la libre competencia. Así, a través de su comunicación y publicidad, corriendo el infractor con los costes de la misma, se refuerza su carácter disuasorio, agravando el castigo a su reputación, y también se recalca su carácter ejemplarizante frente a terceros. Por ello, no es infrecuente que la legislación de defensa de la competencia introduzca la obligación de publicación de la resolución de la autoridad de competencia como “medida de acompañamiento” que se impone al infractor (así ocurría en la Ley 16/1989, de 17 de Julio, de defensa de la competencia)<sup>211</sup>. Actualmente, a falta de una previsión legal autónoma, expresa y generalizada sobre la

---

en el mercado de los seguros sanitarios privados en la provincia de Ciudad Real (confirmada por SAN de 10 de diciembre de 2003, [ECLI:ES:AN:2003:3442](#), ponente M. Robles). Recientemente, la RCNMC de 13 de julio de 2017 ([S/DC/0567/15 Estudios de Mercado Industria Farmacéutica](#), sin ponente) impone a IMS la obligación de renunciar a distintas cláusulas de sus contratos con los distribuidores mayoristas para el suministro de información sobre venta de productos farmacéuticos (p. ej., cliente más favorecido, terminación anticipada, obligación de notificación en caso de suministro a otras entidades, etc.).

<sup>207</sup> ¶¶759-761 de la Decisión de la Comisión UE de 19 de diciembre de 2007 ([COMP/34579 Mastercard](#), [COMP/36518 Eurocommerce](#), [COMP/38550 Commercial Cards](#)).

<sup>208</sup> Véanse la RCNC de 22 de septiembre de 2001 ([S/302/10 Orona/Omega](#), ponente J. Costas) por la que se obliga a la modificación de las cláusulas contractuales sobre el alcance de los pactos de no competencia y las acciones publicitarias y la RCNMC de 29 de junio de 2017 ([S/DC/0548/15 Schweppes](#), sin ponente) por la que se ordena la modificación de los acuerdos entre *Schweppes* y sus distribuidores que restrinjan las importaciones paralelas de productos de su marca (excluyendo sólo los fabricados en el Reino Unido por *Coca-Cola*), obligándose también a comunicar dicha previsión a los comercializadores firmantes y limitando también al nuevo ámbito los eventuales procedimientos judiciales en curso y medidas cautelares (véase *infra* n214).

<sup>209</sup> Véanse Decisiones de la Comisión 2006/446/CE de 12 de abril de 2006 ([COMP/B-1/38348 REPSOL C.P.P.](#)) y de 18 de junio de 2012 ([COMP/39736 Areva/Siemens](#)). La RCNC de 7 de septiembre de 2010 ([SA CAN0003/10 Explosivos canarios](#), ponente I. Gutiérrez) ordena la reducción de la duración de los contratos a dos años (con una prórroga de otro) y la eliminación de la obligación de un volumen fijo de compras.

<sup>210</sup> Por ejemplo, se impone la modificación de los estatutos de *Ambulancias Conquenses, S.L. UTE*, constituida para participar en un concurso público de adjudicación de los servicios de asistencia sanitaria por 13 empresas de ambulancias de Cuenca, algunos de cuyos preceptos fueron considerados infracción del artículo 1 de la LDC, véase resuelve 4 de la RTDC de 20 de septiembre de 2006 ([595/05 Ambulancias Conquenses](#), ponente J. Costas): “Ordenar a las trece empresas autores de la conducta declarada prohibida que, en el plazo de tres meses a contar desde la notificación de esta Resolución, adopten la conducta que consideren adecuada para eliminar de los estatutos de “*Ambulancias Conquenses S.L. UTE*” aquellos aspectos que en esta Resolución se consideran restrictivos de la competencia. En particular, el artículo 2 de los estatutos debe limitar el objeto social de la Unión Temporal de Empresas a la prestación de servicio público de transporte sanitario terrestre derivado del contrato suscrito con el Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (*SESCAM*). Y el artículo 11 se debe modificar con el objeto de limitar la prohibición de competencia a las empresas que integran la UTE, sin poder alcanzar en ningún caso a los socios de éstas, así como limitar su ámbito geográfico a la provincia de Cuenca.”

<sup>211</sup> Véase artículo 46.4 de la LDC1989, que establecía que “Las resoluciones sancionadoras del Tribunal, una vez notificadas a los interesados, se publicarán en el “Boletín Oficial del Estado” y, en la forma que aquél estime adecuada, en uno o varios diarios de ámbito nacional y de las provincias donde tengan el domicilio o realicen las prácticas las personas o empresas sancionadas. El coste de la inserción de las resoluciones correrá a cargo de la persona o empresa sancionada. El Tribunal podrá asimismo acordar la publicación de sus resoluciones no sancionadoras, en la forma prevista en el párrafo anterior”. Esa mención ha desaparecido en la regulación sobre la publicidad de las decisiones en los vigentes LDC (art. 27.4)

orden de publicación al infractor –como ocurría con la LDC1989– sólo es concebible que este remedio se articule como la imposición de una obligación de conducta que aumenta el carácter punitivo de la decisión de la autoridad y que busca disuadir de la comisión de futuras infracciones, correspondiendo a la autoridad de competencia la indicación de la forma, contenido y lugar de la publicación<sup>212</sup>.

99. Por otro lado, con el propósito de transmitir información individualizada sobre el carácter anticompetitivo de una conducta y de la condena al infractor, normalmente de una obligación o de un acuerdo que se han declarado nulos e ilícitos por anticompetitivos (sobre todo en relaciones verticales)<sup>213</sup> en numerosas ocasiones las autoridades de competencia han impuesto específicamente la obligación al infractor de realizar una comunicación individualizada a los colectivos que directa o indirectamente se puedan haber visto afectados por ella (clientes<sup>214</sup>, asociados<sup>215</sup> o colegiados<sup>216</sup>).

---

y RDC (art. 23.1). Esto ha llevado a nuestros tribunales a anular la obligación de publicidad impuesta por la CNC en el nuevo régimen legal [FD7º de SAN de 28 de mayo de 2014, [ECLI: ES:AN:2014:2511](#) y FD8º de SAN 15 de octubre de 2012, [ECLI: ES:AN:2012:4315](#), ponente de ambas A. I. Gómez, que anulan en este punto la condena a a INTERLÚN y CESPAN por RCNC de 18 de enero de 2010, *S/0014/07 Gestión de recursos sanitarios*, ponente Mª J. González, que se apoya la STS de 21 de julio 2009 ([ECLI:ES:TS:2009:5059](#), ponente J.M.Bandrés). Véase también, en el mismo sentido, de la misma ponente, SAN de 19 de febrero de 2013 ([ECLI:ES:AN:2013:932](#)). El FD7º de la STS de 2 de Junio de 2015 ([ECLI:ES:TS:2516/2015](#), ponente E. Espín) parece dar por válida esa argumentación al pronunciarse sobre la SAN de 15 de noviembre de 2012 ([ECLI: ES:AN:2012:5326](#)) que en su FD13º había copiado las SSAN anteriores para anular la condena a CEPSA a que publicase la RCNC de 30 de julio de 2009 (*652/07 REPSOL/CEPSA/BP*, ponente P. Sánchez).

<sup>212</sup> Véanse, por ejemplo, resuelve 4º de la RCNC de 22 de julio de 2009 (*648/08 Hormigones Cantabros*, ponente I. Gutiérrez) y resuelve 5º de la RCNC de 17 de mayo de 2010 (*S/016/08 Almacenes de Hierro*, ponente J. Costas). De hecho, sobre esta última la resolución de vigilancia de 28 de abril de 2016 (*VS/0106/08 Almacenes Hierro*, sin ponente) concluía (FD3º.1): “La UAHE ha difundido la Resolución entre sus asociados, incluso más allá de lo ordenado por cuanto que, además de la publicación en la revista INFOACERO, los asociados preguntados han reconocido haberla visto en la revista interna de la UAHE, incluso algunos han indicado que se les envió por email desde la propia UAHE, antes de haberla tratado en la Asamblea de la UAHE, en fecha de 17 de octubre de 2010”.

<sup>213</sup> ¶158 de la STGUE (sala 2ª ampliada) de 8 de junio de 1995, *Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG v. Comisión*, T-9/93 ([ECLI:EU:T:1995:99](#)).

<sup>214</sup> Véase ¶¶763-769 de la Decisión de la Comisión UE de 19 de diciembre de 2007 (*COMP/34579 Mastercard, COMP/36518 Eurocommerce, COMP/38550 Commercial Cards*). En la praxis de las autoridades españolas véase, por ejemplo, las RCNC de 22 de septiembre de 2001 (*S/302/10 Orona/Omega*, ponente J. Costas); RTDC de 30 de noviembre de 1998 (*389/96 Cervezas Mahou*, ponente L. Berenguer) y de 7 de octubre de 2002 (*525/01 Mercasevilla/Pescados*, ponente J. J.Franch), que ordena a Mercasevilla, S.A. “la publicación, en el plazo de dos meses, de la parte dispositiva de la presente Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en la Sección de Economía de dos de los diarios de información general de mayor circulación en Sevilla, a su costa, imponiéndole una multa coercitiva de 200 euros por cada día de retraso en el cumplimiento de esta obligación” y a “que notifique a su costa, en el plazo de dos meses, a todos los mayoristas de pescados que operan en esa Unidad Alimentaria el texto íntegro de la Resolución” (resuelve 4º y 5º). Igualmente, resuelve 4º de la RTDC de 2 de noviembre de 2004 (*578/04 EKO-AMA MONDÁRIZ*, ponente J. Pascual) y la misma obligación se impuso a Telefónica en la RTDC de 1 de abril de 2004 (*557/03 Telefónica/Astel*, ponente F.Torremocha) por su abuso de posición de dominio mediante la vinculación de la prestación de ciertos servicios a la no-preasignación de los clientes con otras operadoras y mediante campañas desleales de publicidad, ordenándola “a realizar mailings a todas las empresas a las que ha enviado cartas-tipo con contenido anticompetitivo, indicando que la preasignación de operador no supone ninguna implicación negativa en términos de calidad de servicio telefónico básico, mantenimiento de la línea, recepción o precio de los servicios suplementarios” (resuelve 4º). Esta última resolución fue anulada por la SAN de 31 de enero de 2007 ([ECLI:ES:AN:2007:1023](#), ponente J.Mª del Riego).

<sup>215</sup> A los asociados de la Unión de Criadores de Toros de Lidia, la Asociación Nacional de Ganaderías de Lidia, los Ganaderos de Lidia Unidos y la Agrupación Española de Ganaderos de Reses Bravas en el resuelve 5º de la RTDC de 22 de julio de 1999 (*436/ 98 Ganaderías de Lidia*, ponente M. Comenge); a los Asociados de la Agrupación de Autoescuelas con examen en Alcalá de Henares (PAZAH) en la RTDC de 9 de marzo de 2000 (*461/99 Autoescuelas Alcalá*, ponente J.J. Franch).

<sup>216</sup> Véanse resuelve 4º de la RTDC de 19 de enero de 2000 (*453/99 Expertos Inmobiliarios 3*); resuelve 4º de la RTDC de 7 de abril de 2000 (*472/1999 Farmacéuticos Valencia*, ponente J. Pascual); resuelve 4º y 5º de la RTDC de 22 de enero de 2001 (*480/99 Abogados Jerez*, ponente J. Pascual): “Ordenar al Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera la remisión del contenido íntegro de esta Resolución a todos sus colegiados en el plazo de dos meses a contar desde su notificación” y “ordenar al Colegio de Abogados de Jerez de la Frontera la publicación, a su costa y en el plazo de dos meses desde su notificación, de la parte dispositiva de esta Resolución en el Boletín Oficial del Estado y en las páginas de economía de dos diarios de información general de mayor tirada nacional que se distribuyan en la provincia de Cádiz, imponiendo una multa coercitiva de 10.000 pesetas por cada día de retraso en la publicación” (confirmada por SAN de 9 de febrero de 2004, recurso 104/2001, ponente J.Mª Riego). Véase resuelve 4º de la RTDC de 11 de octubre de 2001 (*504/00 Abogados Madrid*, ponente J. Pascual), aunque anulada por falta de culpabilidad por la SAN de 25 de octubre de 2004 ([ECLI: ES:AN:2004:6616](#)); RTDC de 28 de junio de 2008 (*351/94 Asociación de Tocoginecólogos de España*, ponente F. Bermejo), confirmada por SAN de 2 de

#### IV) Obligaciones de licencia o sub-licencia de Derechos Propiedad Intelectual o Industrial (DPII)

**100.** En atención a su relevancia y efectos para el obligado y sobre el funcionamiento del mercado en muchos sectores empresariales, las obligaciones relativas a los DPII pueden alternativamente conceptualizarse como obligaciones cuasi-estructurales (*supra* §V.5.A). Los remedios obligacionales sobre los DPII pueden llevar al cambio en la estructura o configuración de un sector industrial<sup>217</sup>.

**101.** La imposición de obligaciones de licencia o sub-licencia de patentes es posible frente a las infracciones de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas en las industrias tecnológicas y farmacéuticas, incluyendo las patentes fraudulentas o inválidas<sup>218</sup>. En el fondo buscan corregir esa situación e introducir pautas que debiliten la posición de poder que confieren las patentes y otros derechos de propiedad intelectual a un operador en el mercado o al menos posibilitar la entrada al mercado de una empresa o facilitar la competencia de otros operadores<sup>219</sup>. Así, por ejemplo, cuando el acceso a una base de datos sobre áreas geográficas es considerada esencial para la distribución comercial de productos farmacéuticos (“*1860 brick structure*”), considerada indispensable para competir en el mercado, se puede imponer al operador dominante y titular de la misma la obligación de licenciarla en términos razonables y no discriminatorios<sup>220</sup>.

**102.** Las obligaciones de cesión mediante licencia o sub-licencia pueden comprender patentes, software o cualesquiera otros DPII amparados por derechos de explotación en exclusiva<sup>221</sup>. La obligación debe indicar específicamente qué es lo que se ha de ceder, en qué condiciones (forma y precio) y la duración de la cesión<sup>222</sup>. También puede consistir, por ejemplo, en la prohibición de que las licencias

---

abril de 1998 (ROJ: SAN 574/1998 ECLI: ES:AN:1998:574, ponente J. Delgado). Véanse también resuelve 6º de la RCNMC de 22 de diciembre de 2016 (S/DC/0560/15 *Colegio Abogados Guadalajara2*, sin ponente); resuelve 6º de la RCNMC de 15 de septiembre de 2016 (SAMAD/09/2013 *Honorarios Profesionales ICAM*, sin ponente) y resuelve 4º de la RCNMC de 17 de diciembre de 2015 (S/0299/10 *Consejo Colegios Odontólogos y Estomatólogos*, sin ponente).

<sup>217</sup> KOVACIC (1999) *Connecticut Law Review* 31, pp. 1304-1305 y FLORIS OW VOGELAAR “The Compulsory License of Intellectual Property Rights under the EC Competition Rules: an analysis of the exception to the general rule of ownership immunity from competition rules” (2009) *Competition Law Review* 6, pp. 117-137.

<sup>218</sup> El artículo 8.2. del Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC) de la OMC contempla la posibilidad de que los Estados parte adopten medidas que prevengan el abuso de los derechos de propiedad intelectual que restrinjan la competencia (“*Appropriate measures, provided that they are consistent with the provisions of this Agreement, may be needed to prevent the abuse of intellectual property rights by right holders or the resort to practices which unreasonably restrain trade or adversely affect the international transfer of technology*”). El grado de reconocimiento y aplicación de estas medidas es diverso y variable, aunque los remedios obligacionales impuestos por las autoridades de defensa competencia suelen ser una de las alternativas ampliamente utilizadas, véase OMPI, *Survey on Compulsory Licenses granted by WIPO Member States to address anti-competitive uses of intellectual property rights*, CDIP/4/4 REV./STUDY/INF/5, 4 de octubre de 2011. Véase L. SCHLAM “Compulsory Royalty-Free Licensing as an Antitrust Remedy for Patent Fraud: Law, Policy and the Patent-Antitrust Interface Revisited” (1998) *Cornell Journal of Law & Public Policy* 7, pp. 488-499.

<sup>219</sup> V. gr., la obligación de licenciar los derechos sobre la programación semanal de TV en Irlanda, STJUE de 6 de abril de 1995, *RTE & ITP v. Comisión CE*, C-241-242/91P (ponente G. C. Rodríguez Iglesias ECLI:EU:C:1995:98); las licencias comerciales de “agrupadores de datos” hospitalarios AP-GRD por 3M España, S.A. en la RTDC de 5 de abril de 2002 (517/01 *Iasist/3M*, ponente M<sup>a</sup> J. Muriel) confirmada por SAN de 14 de julio de 2005 (ponente M. Pedraz, ECLI: ES:AN:2005:3214); la obligación de no condicionar el arrendamiento de las máquinas patentadas para el procesamiento y utilización de sal al empleo de productos no patentados del titular de las patentes, sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 10 de noviembre de 1947 (ponente R. H. Jackson), *International Salt Co. v. U.S.*, 332 U.S. 392, 401 (1947) (“*In addressing the tying of salt products to leases of patented machines, the court stated that the goal of a suit in equity is not to punish past transgression nor end specific illegal practices, but to open markets*”).

<sup>220</sup> Artículo 1 de la Decisión de la Comisión Europea 2002/165/CE de 3 de julio de 2001 (COMP D3/38.044, *Medidas cautelares NDC Health/IMS Health*), que fue suspendida por el TGUE véanse Autos del Presidente del TGUE de 10 de agosto de 2001 y de 28 de octubre de 2001, T-184/01R, *IMS Health c. Comisión*, ECLI:EU:T:2001:200 (y rechazada la apelación en su contra mediante Auto del Presidente del TJUE de 11 de abril de 2002, C-481/01PR, ECLI:EU:C:2002:223). La Comisión retiró las medidas en su Decisión 2003/741/CE de 13 de agosto de 2003 (COMP D3/38.044, *NDC Health/IMS Health: Medidas cautelares*).

<sup>221</sup> La Decisión de la Comisión Europea de 20 de diciembre de 2012 (AT.39654 *Reuters Instrument Codes*) obliga a Thomson Reuters ha crear una licencia específica para el uso de los *Reuters Instrument Codes* (RICs) en los datos obtenidos de competidores de Thomson (confirmada por STGUE de 15 de septiembre de 2016, T-76/14 *Morningstar v. Comisión*, ECLI:EU:T:2016:481).

<sup>222</sup> OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2006, 37.

de explotación de los contenidos protegidos por derechos de propiedad intelectual impida las “ventas pasivas” de contenidos protegidos en mercados distintos de aquéllos para los que se había licenciado su explotación<sup>223</sup>.

**103.** En el caso de que el objeto del remedio sean derechos de patente, las aplicación de las prohibiciones de prácticas anticompetitivas debe cohonestarse con la vigencia y la eficacia de los derechos de patente<sup>224</sup>. La obligación puede consistir en la licencia o sub-licencia de la patente en condiciones justas, razonables y no discriminatorias<sup>225</sup>.

**104.** También puede imponerse la prohibición de ejercer los derechos de patente (frente a presuntas infracciones), porque ese ejercicio se haya considerado abusivo<sup>226</sup>, o cuando la patente ha devenido un estándar esencial y en el titular de la patente se ha convertido en dominante<sup>227</sup>. En cualquier caso, es discutible si este tipo de remedios impuestos por las autoridades de defensa de la competencia son el mecanismo más adecuado y eficaz para corregir los presuntos abusos del titular de patentes esenciales sujetas a una obligación de licencia en términos justos, razonables y no discriminatorios<sup>228</sup>.

**105.** Por otra parte, en uno de los primeros casos de obligaciones de conducta relativos al comportamiento anticompetitivo de los consorcios de patentes, la Comisión Europea aceptó los compromisos de comportamiento sobre la licencia de los estándares de patentes de los CDs propiedad de Philips y Sony<sup>229</sup>.

**106.** Finalmente, en el caso del software, el remedio obligacional se puede articular como una licencia de interoperabilidad, que permita el funcionamiento efectivo de sistemas distintos mediante la utilización del mismo protocolo de comunicación. Se trata de una obligación de acceso a cierta tecnolo-

<sup>223</sup> Sobre los acuerdos de concesión de licencia de películas suscritos por *Paramount* con *Sky* en el Reino Unido e Irlanda, véase Decisión de la Comisión de 26 de julio de 2016 (*AT.40023 Acceso transfronterizo a Televisión de pago*).

<sup>224</sup> Véanse Y. W. CHIN “Unilateral Technology Suppression: Appropriate Antitrust and Patent Law Remedies” (1998) *Antitrust Law Journal* 66: 441-453 y HERBERT HOVEMKAMP “Antitrust and the Patent System: A Reexamination” (2015) *Ohio State Law Journal* 467-564.

<sup>225</sup> COTTER (2009) *Journal of Corporation Law* 34/4: 1192-1194; WALLER (2009) *Antitrust Law Journal* 76: 18 (“injunctions often have included the compulsory licensing of patents and other intellectual property for reasonable royalties, and occasionally on a royalty-free basis”). Así, por ejemplo, en la decisión sobre el cártel en la industria de los envases de cristal impuso la obligación de licencia gratuita de ciertas patentes existentes y de licencia onerosa de las patentes futuras, el Tribunal Supremo Norteamericano consideró la exigencia de gratuidad confiscatoria, aunque no si se pagaba una compensación razonable, véase Sentencia de 8 de enero de 1945 (ponente O. J. Roberts), *Hartford-Empire Co. v. U.S.* 323 U.S. 386, 412-413 (1945). En términos similares, véase sentencia del Tribunal Supremo norteamericano de 23 de junio de 1947 (ponente H. H. Burton), *U.S. v. National Lead Co.* 332 U.S. 319 (1947), que aceptó la imposición de una licencia obligatoria (onerosa) de las patentes sobre los pigmentos de titanio. Véase SCHLAM (1998) *Cornell Journal of Law & Public Policy* 7: 503-506. En otro conocido caso, la fabricante de fotocopiadoras *Xerox Corp.* fue obligada a licenciar algunas patentes que poseía que protegían tecnologías alternativas para la copia, véase W. K. TOM “The 1975 Xerox consent decree: Ancient Artifacts and current tensions” (2001) *Antitrust Law Journal* 68, pp. 967-990.

<sup>226</sup> Muchos de estos casos se plantean en el marco de litigios privados, en los que se utilizan las normas de defensa de la competencia como argumento frente a la reclamación por infracción de los derechos de patente, véase T. HOPNER “Competition Law in Intellectual Property Litigation: The Case for a Compulsory Licence Defence Under Article 102 TFEU” (2011) *European Competition Journal* 7, pp. 297-322.

<sup>227</sup> Mediante la solicitud de medidas cautelares por el operador dominante contra los usuarios de patentes que son estándares esenciales y existía un compromiso de licencia en términos justos, razonables y no discriminatorios (FRAND), véanse Decisiones de la Comisión de 29 de abril de 2014 (*AT.39985- Motorola-Explotación de patentes esenciales sobre estándares GPRS*; *AT.39939 Samsung-Explotación de patentes esenciales sobre estándares UMTS*). Véase también T. F. COTTER “Patent Holdup, Patent Remedies, and Antitrust Responses” (2009) *Journal of Corporation Law* 34/4, pp. 1189-1190.

<sup>228</sup> Véanse D. H. GINSBURG / K. W. WONG-ERVIN / J. D. WRIGHT “The Troubling Use of Antitrust to Regulate FRAND Licensing” (2015) *CPI Antitrust Chronicle*, Oct. 2015 (1); J. L. CONTRERAS “Equity, Antitrust, and the Reemergence of the Patent Unenforceability Remedy” (2011) *Antitrust Source*, Oct.: 1-8 y, entre nosotros, A. SUÑOL “Patentes y hold-up: la acción de cesación ante compromisos FRAND” (2005) *Indret* 4/2005, pp. 38-41.

<sup>229</sup> Véanse “La Comisión aprueba el Programa de licencias de CD de Philips y Sony”, 7 de agosto de 2003 (*IP/03/1152*) y M. Á. PEÑA CASTELLOT “Commission Settles Allegations of Abuse and Clears Patent Pools in the CD Market” (2003) *Competition Policy Newsletter* 3, pp. 56-59.

gía que es imprescindible para mantener la competencia efectiva en el mercado<sup>230</sup>. Este tipo de licencias tienen efectos análogos a un remedio estructural, contribuyendo a preservar el entorno competitivo en el mercado<sup>231</sup>.

## V) Obligación de restitución y reembolso de los beneficios ilícitos obtenidos o de compensar el daño

**107.** Las obligaciones mencionadas anteriormente buscan restablecer la legalidad y reinstaurar la competencia en el mercado, pero el amplio pabellón legal con que se configura la potestad de las autoridades de imponer obligaciones al infractor no excluiría, en línea principio, el mandato de corregir los efectos distributivos de su conducta<sup>232</sup>. Se trataría entonces de un remedio monetario que obligara al infractor a restituir las ganancias ilícitamente obtenidas con la infracción. Este hipotético remedio restitutorio no tendría, en principio, carácter punitivo, pero inevitablemente el importe que el presunto infractor pagase en concepto de restitución de beneficios ilícitos desempeñaría un efecto disuasorio análogo al de una sanción monetaria. Además, obviamente, la restitución se podría solapar con la compensación a las víctimas cuando los beneficios ilícitamente percibidos se hubieran obtenido causando un daño a otro<sup>233</sup>.

**108.** Como es sabido, en la UE la tarea de compensar los daños provocados por una infracción de las normas de competencia corresponde a los jueces ordinarios y no a las autoridades de competencia<sup>234</sup>. En el caso de España, la reserva de jurisdicción supone que los jueces y tribunales tienen el monopolio de la resolución de cualquier conflicto jurídico<sup>235</sup>, con lo que una hipotética decisión de una autoridad de defensa de la competencia que calculase y obligase a la compensación de los daños provocados por la violación de una prohibición de conductas anticompetitivas constituiría una intromisión en la función jurisdiccional. En efecto, la función de aplicación de las normas de defensa de la competencia que se encomienda a las autoridades administrativas de competencia no llega tan lejos, ya que si así fuera se suplantaría una potestad exclusivamente reconocida a los jueces y los tribunales<sup>236</sup>. Al margen de la reserva de jurisdicción, se trata de un remedio procedente sólo en el plano privado y por vía judicial<sup>237</sup>, de modo que exclusivamente la jurisdicción es competente para conceder indemnizaciones de daños y perjuicios<sup>238</sup>.

<sup>230</sup> Véase J. APON “Cases against Microsoft: Similar cases different remedies” (2007) *European Competition Law Review*, pp. 327-336 y D. CURLEY “Interoperability and Other Issues at the IP–Antitrust Interface: The EU Microsoft Case” (2008) *Journal of World Intellectual Property* 11/4, pp. 296–320. Un análisis de las especificidades del caso en los diversos trabajos de W. H. PAGE / S. J. CHILDERS “Software Development as an Antitrust Remedy: Lessons from the Enforcement of the Microsoft Communications Protocol Licensing Requirement” (2007) *Michigan Telecommunications and Technology Law Review* 14, pp. 77-136; “Bargaining in the Shadow of the European Microsoft Decision: The Microsoft-Samba Protocol License” (2008) *Northwestern University School of Law Review Colloquy* 102, pp. 332-354 y “Measuring Compliance with Compulsory Licensing Remedies in the American Microsoft Case” (2009) *Antitrust Law Journal* 76, pp. 240-269

<sup>231</sup> SULLIVAN (2002) *Minnesota Law Review* 86, p. 606.

<sup>232</sup> HELLSTRÖM / MAIER-RIGAUD / BULST (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 61 (“it is not obvious that Article 7 should preclude direct measures to restore consumer welfare and, thereby, to remedy the distributive effects of an infringement”).

<sup>233</sup> Pero la base teórica de la restitución no es la compensación a las víctimas sino la devolución del beneficio ilícito, que incrementa la disuasión, véase OECD *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2006, p. 46.

<sup>234</sup> Para una propuesta cómo introducirlo como un compromiso voluntario de las empresas en el marco de una terminación convencional del procedimiento sancionador o, alternativamente, como un atenuante del importe de la eventual sanción, véase J. H. J. BOURGEOIS / S. STRIEVI “EU Competition Remedies in Consumer Cases: Thinking Out of the Shopping Bag” (2010) *World Competition* 33, pp. 241-255 (la propuesta descansa en el carácter voluntario de la alternativa y en que no excluye las tradicionales vías de compensación privadas).

<sup>235</sup> Artículos 24 y 117.3 de la Constitución.

<sup>236</sup> En atención a su independencia e imparcialidad, y al derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce a los causantes del daño y a las víctimas del mismo.

<sup>237</sup> Véase C. GÓMEZ LIGUERRE “Disgorgement of Profits in Spanish Law” en E. HONDIUS / A. JANSSEN (eds.) *Disgorgement of Profits. Gain-based remedies through the world*, 2015, pp. 199-206.

<sup>238</sup> Salvo que exista una previsión legal específica que lo autorice (como lo hace respecto de la potestad de la Administración de reclamar al infractor los daños que le haya causado un infractor, véase art. 28.2 de la Ley 40/2015, de 1 de Octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, BOE236 de 2 de Octubre de 2015 y HUERGO *Las sanciones administrativas*, pp. 266-269) En general, véase FD3º.6 de la STS de 7 de Noviembre de 2013 (ROJ STS 5819/2013 ECLI: ES:TS:2013:5819, ponente R. Saraza): “la competencia del órgano administrativo y de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa que con-

**109.** Por otra parte, la implementación práctica de un hipotético remedio obligacional compensatorio presentaría otras dificultades, como es el riesgo de la compensación por defecto o por exceso (i.e., enriquecimiento injusto o la falta de compensación de algunos perjudicados), y también las pre- visibles dificultades que afrontarían las autoridades de competencia para calcular cantidad a abonar así como para identificar a los beneficiarios del reparto. Se trata de tareas, todas ellas, que exceden del mandato del legislador a nuestras autoridades de defensa de la competencia, que pueden entrañar una complejidad notable, y que les obligaría a detraer recursos de las funciones que tienen encomendadas.

**110.** En cambio, la posibilidad de imponer este tipo de obligaciones existe en Estados Unidos. El empleo de estos remedios ha sido más frecuente en el pasado, pero la posibilidad sigue existiendo en la actualidad. A través de ellas las autoridades de competencia norteamericanas realizan una suerte de aplicación cuasi-privada de las prohibiciones de conductas anticompetitivas. En efecto, partiendo de la idea de que no está bien que el infractor conserve los beneficios de su vulneración de la Ley<sup>239</sup>, se ha defendido la lógica de estos remedios obligacionales, sea mediante compensaciones en dinero efectivo o incluso mediante la entrega a las víctimas de cupones de descuento<sup>240</sup>. Tanto la *Federal Trade Commission*<sup>241</sup> como el *Department of Justice (Antitrust Division)*<sup>242</sup> tienen reconocida legalmente la potestad de imponer este remedio. Su utilización ha sido ratificada judicialmente en algunas ocasiones como una manifestación más de los amplios poderes que tienen legalmente reconocidos (aunque siempre requieren intervención judicial)<sup>243</sup>, sobre todo en aquéllos casos en los no hubiera riesgo de sobre- compensación, cuando las limitaciones del régimen de reclamaciones de daños las víctimas indirectas de la infracción de la competencia<sup>244</sup> impedían a éstas obtener una compensación de los daños sufridos<sup>245</sup>.

---

*ocieron del recurso contra el acto de aquel no alcanzaba a la cuestión de la repercusión del daño por parte de los compradores directos a sus clientes, esto es, para dictar sus resoluciones, los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa, al igual que el Tribunal de Defensa de la Competencia, no tenía que decidir quién había sufrido exactamente el daño y en qué medida. Esta cuestión es competencia exclusiva de la jurisdicción civil.”*

<sup>239</sup> Véanse, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo norteamericano de 11 de diciembre de 1944 (ponente W. O. Douglas), *U.S. v. Crescent Amusement Co.*, 323 U.S. 173, 189 (1944) (“Those who violate the Act may not reap the benefits of their violations and avoid an undoing of their unlawful project on the plea of hardship or inconvenience”), y la ya citada sentencia de 13 de junio de 1966, *U.S. v. Grinnell Corp.*, 384 U.S. 563, 577 (1966) (que establece que el remedio adecuado en un caso de monopolización puede incluir “depriv[ing] the defendants of any of the benefits of the illegal conduct”).

<sup>240</sup> Sobre la utilización de cupones como mecanismo de pago por el presunto infractor, véanse S. BORENSTEIN “Settling for coupons: Discount contracts as compensation and punishment in antitrust suits” (1996) *Journal of Law & Economics* 39, pp. 379-404 y A.M. POLINSKY / D. L. RUBINFELD “A Damage-Revelation Rationale for Coupon Remedies” (2007) *Journal of Law, Economics and Organization* 23, pp. 653-661.

<sup>241</sup> Su poder se basa en los poderes genéricos que tiene reconocidos en materia de remedios y cubre también las infracciones de las normas de protección de consumidores y usuarios, donde ha sido más ampliamente utilizada [sección 13.b) de la FTC Act, 15 U.S.C. §53(b)]. La *Federal Trade Commission* adoptó un *Policy Statement on Monetary Equitable Remedies in Competition Cases* (25 de julio de 2003) con arreglo al cual la devolución (*disgorgement*) a través de este remedio monetario solo procedía cuando se trataba de una violación clara de las normas de defensa de la competencia, existía una base razonable para el cálculo por la FTC del importe a devolver y no había probabilidad de otros remedios alternativos para alcanzar tal resultado. Estas directrices se retiraron el 31 de julio de 2012 porque se consideraron excesivamente restrictivas (77 Fed. Reg. 47070), aunque con la opinión en contra de Maureen K. Ohlhausen, 77 Fed. Reg. 47071. Una crítica a los riesgos e incertidumbre que conllevan la retirada del *Policy Statement* en A. F. ABBOTT “FTC Monetary Remedies Policy and the Limits of Antitrust” (2012) *Antitrust Source, Dic.*, pp. 1-8.

<sup>242</sup> Véanse secciones 4 de la Sherman Act (15 U.S.C. §4) y sección 15 de la Clayton Act (15 U.S.C. § 25) y DOJ, *Antitrust Division Manual*, 5ªed. agosto 2017, IV-83 (“Division attorneys should consider seeking orders for restitution in cases in which victims are unable or unlikely to seek treble damages or where the fashioning of such an order would not unduly complicate or prolong the sentencing process, and should also consider including restitution as part of plea agreements, particularly in circumstances where it appears that a defendant has insufficient resources to pay both a Guidelines criminal fine and damages to the victims of the violation”).

<sup>243</sup> Véase *supra* n21 y Sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 29 de Marzo de 1982 (ponente W. O. Douglas) *Ford Motor Co. v. United States*, 405 U.S. 562, 573 y n8 (1972). Véanse también Sentencia del Tribunal Federal de Distrito, Distrito de Columbia de 7 de julio de 1999 (ponente T. F. Hogan) *FTC v. Mylan Lab. Inc.*, 62 F.Supp. 2d 25, 36-37 (D.D.C.1999) y sentencia del Tribunal Federal de Distrito, Distrito Sur de Nueva York de 2 de febrero de 2011 (ponente W. H. Pauly III) *U.S. v. KeySpan Corp.*, 763 F. Supp. 2d 633, 638-42 (S.D.N.Y. 2011).

<sup>244</sup> Véase Sentencia del Tribunal Supremo Norteamericano de 9 de junio de 1977 (ponente B. R. White) *Illinois Brick, Co. v. Illinois*, 432 U.S. 720, 737(1977).

<sup>245</sup> Véase R. PITOFSKY “Antitrust at the Turn of the Twenty-First Century: The Matter of Remedies” (2002) *Georgetown*

En cualquier caso, la cuestión no deja de resultar controvertida, dados los problemas antes apuntados<sup>246</sup>.

## VI) Otras obligaciones

**111.** Las obligaciones de conducta impuestas pueden ser de lo más variado, las descritas en los apartados anteriores son las más utilizadas en la práctica, pero hay otras muchas. Refiriéndose a presuntos abusos de posición de dominio, frecuentemente la obligación que se impone trata de enmendar el comportamiento abusivo desplegado por el operador dominante. Como es lógico, sin acudir a las obligaciones estructurales, difícilmente puede mediante obligaciones de conducta eliminarse la posición dominante de un operador en el mercado<sup>247</sup>. Sin embargo, las obligaciones de comportamiento sí que pueden ser idóneas para afrontar las conductas abusivas del dominante (v. gr., imponiendo la obligación de configurar un producto de cierta manera que elimine su carácter anticompetitivo a los ojos de las autoridades de defensa de la competencia<sup>248</sup>).

**112.** Es creciente la imposición de obligaciones al presunto infractor de divulgar cierta información o proporcionar acceso no discriminatorio a la misma<sup>249</sup>. Entre las obligaciones más variopintas que se han impuesto por las autoridades federales norteamericanas figuran, por ejemplo, la obligación de someter a arbitraje las disputas con las partes co-contratantes sobre el posible carácter restrictivo o abusivo y la ilicitud del ejercicio de los derechos de terminación reconocidos en un contrato<sup>250</sup>; también, en la línea de los remedios restitutorios mencionadas (*supra* §IV.5.B.b.iv) se han aceptado los compromisos de reducir el precio o entregar cupones de descuento a los clientes pasados, que habrían sufrido la presunta infracción<sup>251</sup>. En cambio, en la UE la experiencia sobre los remedios obligacionales en materia

---

*Law Journal* 91:174-176, con referencias a la ya citada sentencia de 7 de julio de 1999, *FTC v. Mylan Lab. Inc.*, 62 F.Supp. 2d 25 (D.D.C.1999). Aunque véase también D. K. PARK / R. WOLFRAM “The FTC’s Use of Disgorgement in Antitrust Actions Threatens to Undermine the Efficient Enforcement of Federal Antitrust Law” (2002) *Antitrust Source*, Sept., pp. 1-14.

<sup>246</sup> Véanse STEPHEN CALKINS “Civil Monetary Remedies Available to Federal Antitrust Enforcers” (2006) *University of San Francisco Law Review* 40: 567-599; E. ELHAUGE “Disgorgement as an antitrust remedy” (2009) *Antitrust Law Journal* 76/1, pp. 79-95 y J. LEIBOWITZ “Building on the Muris and Pitofsky Years: Evolving Remedies from Time-outs to Civil Penalties (Not the Third Rail of Antitrust)” (2005) *Tulane Law Review* 85, pp. 601 y 602.

<sup>247</sup> Múltiples razones impiden que se pueda obligar al operador dominante a dejar de serlo, obligándole a reducir su cuota de mercado, véase OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2006, p. 40 (“For example, trying to attack a defendant’s market power directly by simply ordering it to reduce its market share to a certain percentage is not usually a good idea. This type of affirmative remedy will merely give the dominant firm an incentive to raise its price in an effort to shed customers and keep them away, thereby providing a price umbrella for competitors. The likely result is that consumers will be harmed by higher prices”).

<sup>248</sup> Microsoft fue obligada a comercializar una versión de *Windows* sin el *Windows Media Player* (art. 6 de la Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004, COMP/C-3/37.792 *Microsoft Corp.*, y *supra* n119). Una situación análoga se planteó también, aunque finalmente sin éxito, hasta Abril de 2015 en la negociación de los compromisos de Google con la Comisión Europea, 39740 *Google Search (Shopping)*, que comprendían diversas medidas para corregir los sesgos en el buscador y garantizar la neutralidad, véase –ampliamente y con referencias a otros estudios previos– D. A. HYMAN / D. J. FRANKLYN “Search Bias and the Limits of Antitrust: An Empirical Perspective on Remedies” (2015) *Jurimetrics Journal* 55, pp. 339–380 (que consideran más eficaces los remedios “de arquitectura” que los remedios “de etiquetaje”). La Decisión final de la Comisión en este asunto, de 27 de julio de 2017, impone una multa a *Google* de €2.424.49.000 y le obliga a no discriminar a los sistemas de comparación de compra rivales (“In particular, Google has to respect the simple principle of equal treatment in its search results for its own comparison shopping product and rival comparison shopping products. Google has to apply the same processes and methods to position and display rival comparison shopping services in Google’s search results pages as it gives to its own comparison shopping service”, MEMO/17/1785).

<sup>249</sup> Por ejemplo, la Comisión Europea impuso obligaciones de proporcionar acceso a determinada información técnica necesaria para la reparación de vehículos automóviles en sus Decisiones de 13 de septiembre de 2009 (COMP39140/E-2/*DaimlerChrysler*; COMP39141/E-2/*Fiat*; COMP39142/E-2/*Toyota* y COMP39143/E-2/*Opel*). Como es sabido, *Microsoft* también fue obligado a proporcionar acceso a cierta información indispensable (especificaciones del interfaz) para la interoperabilidad de los programas y servicios diseñados por otros programadores, artículos 2(a), 5(a) y 5(b) de la Decisión de la Comisión de 24 de marzo de 2004 (COMP/C-3/37.792 *Microsoft Corp.*), véase R. PITTMAN “Antitrust Remedies in a systems setting” (2011) *Antitrust Bulletin* 56/1, pp. 33-34.

<sup>250</sup> J.T. HALVERSON “Arbitration and Antitrust Remedies” (1975) *Arbitration Journal* 30, pp. 25-33.

<sup>251</sup> Véase *supra* n240, aunque se pueda suscitar entonces el riesgo de que el compromiso de reducción del precio de lugar a precios predatorios [WALLER (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 27].

de precios es diferente: la Comisión Europea no llega a fijarlo directamente, pero introduce remedios obligacionales que afectan a variables que lo condicionan (p.ej., la forma en que se anuncien los precios, sus componentes y su vigencia<sup>252</sup>; los descuentos a favor de ciertos operadores<sup>253</sup>; la intercambiabilidad de ciertas tarifas aéreas<sup>254</sup> o, incluso, impone precios máximos<sup>255</sup>).

**113.** De otro lado, en materia de colegios profesionales, en cuya organización pueden florecer algunas prácticas anticompetitivas de la organización colegial<sup>256</sup>, no es extraño que la decisión final de las autoridades de defensa de la competencia concluya en terminaciones convencionales en las que se adopte el remedio de obligar al colegio a modificar la normativa colegial a través de la que se verificaban las conductas presuntamente prohibidas<sup>257</sup>.

**114.** Finalmente, la praxis española ofrece muestras de remedios obligacionales atípicos y originales, como aquéllos que consisten en el mandato a las Administraciones (normalmente autonómicas o locales) de que modifiquen una regulación que se considera anticompetitiva. La atipicidad y la originalidad del remedio obligacional en estos casos radica en que la autoridad de defensa de la competencia ejerce sus poderes de manera exorbitante, pues no tiene potestad para ordenar el ejercicio de los poderes reglamentarios de otras Administraciones. En efecto, en rigor, con la legislación de defensa de la competencia en la mano, nada podrían hacer las autoridades de competencia en estos casos<sup>258</sup>. Sin embargo, las autoridades autonómicas de defensa de la competencia han encontrado la solución a través de la terminación convencional: se ha tratado siempre de expedientes sancionadores concluidos mediante acuerdo, lo que introduce una dinámica distinta (como ya se ha hecho referencia, *supra* §IV.1). No es cuestión de extenderse aquí sobre este particular, pero cuando algunas autoridades autonómicas han considerado partícipes de la infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas a la Administración autonómica o local han acordado como remedio obligacional en la terminación convencional del expediente la reforma de la regulación local o autonómica o la adopción de una adecuada a los ojos de la autoridad autonómica<sup>259</sup>.

<sup>252</sup> Decisión de la Comisión de 7 de julio de 2016 (*AT.39850 Container Shipping*).

<sup>253</sup> Véanse Decisiones de la Comisión de 18 de diciembre de 2013 (*COMP/AT.39678/Deutsche Bahn I*; *COMP/AT.39731/Deutsche Bahn II*) sobre el sistema de fijación de precios de la corriente eléctrica para la tracción ferroviaria, limitando algunos descuentos e imponiendo otros obligatorios.

<sup>254</sup> Véanse ¶¶124-131 y 203-211 de la Decisión de la Comisión de 14 de abril de 2010 (*COMP/39596 BA/AA/IB*), que impone la obligación de aceptar tarifas de otras compañías para el uso en sus vuelos en determinadas rutas.

<sup>255</sup> Véanse Decisiones de la Comisión de 17 de diciembre de 2007 (*COMP/AT.34579 MasterCard I*, *COMP/AT.36518 EuroCommerce*; *COMP/AT.38580 Commercial Cards*) y de 26 de febrero de 2014 (*COMP/AT.39398 Visa MIF*), sobre la reducción de las tasas multilaterales de Intercambio de tarjetas de débito/crédito. Véase también Decisión de la Comisión de 15 de noviembre de 2011 (*COMP/39.592 Standard & Poor's*) sobre las tasas por el uso de los números de identificación de valores Internacionales (ISIN) estadounidenses; véase también Decisión de la Comisión 9 de diciembre de 2009 (*COMP/38.636 RAM-BUS*) que acuerda la reducción de los cánones de uso de determinadas patentes para microprocesadores en vías de convertirse estándares esenciales JEDEC.

<sup>256</sup> Permítase la referencia a F. MARCOS “La lucha contra las restricciones a la competencia en el mercado de servicios profesionales” (2002) *Gaceta Jurídica de la competencia* 219, p. 22-35.

<sup>257</sup> Véanse *inter alia* RCNC de 20 de mayo de 2010 (*S/0127/09 Procuradores*, ponente J. Costas) en la que el Colegio acepta dar nueva redacción al artículo 30 del Estatuto General de los Procuradores de los Tribunales de España (sobre la *colaboración entre profesionales con ocasión de la sustitución*) con el texto acordado con la CNC; RCNC de 28 de julio de 2010 (*S/0189/09 Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos*, ponente I. Gutiérrez); RCNC de 22 de diciembre de 2010 (*S/0203/09 COAPI*, ponente P. Sánchez) en la que se incluye como remedio el cierre de los expedientes disciplinarios abiertos contra el denunciante; RCNC de 28 de diciembre de 2010 (*S/0235/10 Convenios FEMP-Consejos Superiores de Colegios*, ponente M<sup>ª</sup>J. González). Las autoridades autonómicas han dictado decenas de resoluciones similares.

<sup>258</sup> Si el origen o la fuente de la conducta anticompetitiva que se persigue remediar radica en una previsión legal que las autoridades de competencia no pueden cambiar, Fox “Remedies and the Courage of Convictions in a Globalized World: How Globalization Corrupts Relief” (2005) *Tulane Law Review* 80, p. 575. Véase, por ejemplo, la Decisión 97/744/CE de la Comisión de 21 de octubre de 1997 relativa a las disposiciones en materia laboral de la legislación portuaria italiana, *Raso* (*DO L301 de 05 de noviembre de 1997*, 17-26).

<sup>259</sup> Se analizan en F. MARCOS “¿Puede sancionarse a las Administraciones Públicas cuando no actúan como operador económico si restringen la competencia o promueven conductas anticompetitivas?” (2018) *Indret* 1/2018, pp. 27-33 (<http://www.indret.com/pdf/1373.pdf>) (al hilo de la resolución del TCDC de la ACCO de 30 de septiembre de 2010, *13/2009 Ayuntamiento de Solsona*, –ponente A. Gibert– y de la resolución del Consejo de la AVC de 4 de septiembre de 2014, *10/2012 Servicios Farmacéuticos Residencias 2* –sin ponente–).

## 6. Control de cumplimiento de las obligaciones

**115.** Los términos en que se redacten las obligaciones impuestas son claves para su eficacia y, eventualmente, el control de su cumplimiento<sup>260</sup>. No puede asumirse que siempre los remedios obligacionales impuestos serán objeto de cumplimiento voluntario<sup>261</sup> o que ese cumplimiento será sencillo<sup>262</sup>. La obligación impuesta no puede ser una mera reiteración de la prohibición legal de prácticas anticompetitivas, y debe ser un mandato practicable. Asimismo, las autoridades de competencia deben evitar, por esta vía, convertirse en autoridades de regulación o supervisión, pues ese no es su cometido<sup>263</sup>.

**116.** La imposición de obligaciones genera costes de implementación y control de su cumplimiento que son soportados tanto por la autoridad de defensa de la competencia como por las empresas, obligados ambos a dedicar recursos a asegurar su observancia<sup>264</sup>. Los remedios obligacionales tienen más probabilidad de ser eficaces y alcanzar los objetivos que se proponen si son auto-ejecutivos y requieren una supervisión mínima<sup>265</sup>.

**117.** En principio, las obligaciones estructurales requieren una menor supervisión y control de cumplimiento que las obligaciones de comportamiento. En todo caso, su administración no debe suponer una carga excesiva para las autoridades<sup>266</sup>.

**118.** Por esta razón se suelen imponer también otras obligaciones concretas específicamente destinadas a facilitar o garantizar el cumplimiento o la efectividad de otras obligaciones de comportamiento impuestas<sup>267</sup>, así por ejemplo la necesidad de informar a la autoridad de competencia sobre las medidas adoptadas o sobre las cuestiones que ésta hubiera requerido<sup>268</sup>. En algunos casos, las medidas adoptadas incluso han supuesto la creación de una entidad de supervisión específica encargada de asegurar el cumplimiento<sup>269</sup>,

<sup>260</sup> Véase KOVACIC (1999) *Connecticut Law Review* 31, p. 1311. Obviamente, no es lo mismo el control de cumplimiento que la evaluación de la efectividad del remedio, que es mucho más difícil y que no suele realizarse por las autoridades de competencia, OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2006, p. 9 (véase *infra* n274).

<sup>261</sup> Subsiste siempre un interés de los operadores en incumplirlas, véase OECD, *Remedies and Sanctions in Abuse of Dominance Cases*, 2006, p. 18.

<sup>262</sup> Es una ilusión pensar que se cumplen voluntariamente (particularmente, en el caso de que se asuman en el marco de una terminación convencional), véase BOTTEMAN / PATSA (2013) *Journal of Antitrust Enforcement* 1, p. 371 (“*There is often the illusion that, as soon as a commitment decision has been adopted, market failures will be corrected and effective competition restored. Unfortunately, this is not the case. If a commitment decision is not correctly implemented, monitored, and enforced precious time may have been lost and the competitive process may have suffered irreversible damage*”).

<sup>263</sup> Como dijo el Tribunal Supremo norteamericano en su sentencia de 13 de enero de 2004 (ponente A. Scalia), *Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP*, 540 U.S. 398, 415 citando a P. AREEDA “*Essential Facilities: An Epithet in Need of Limiting Principles*” (1990) *Antitrust Law Journal* 58, p. 853: “*No court should impose a duty to deal that it cannot explain or adequately and reasonably supervise. The problem should be deemed irremedia[ble] by antitrust law when compulsory access requires the court to assume the day-to-day controls characteristic of a regulatory agency*”.

<sup>264</sup> Véase BARNETT (2009) *Antitrust Law Journal* 76, p. 40 (“*The effectiveness of a remedial solution depends in large part on how easily it can be administered or enforced. It is important to remember that a remedy's costs are paid by businesses and consumers, not just the government*”) y SHELANSKI / SIDAK (2001) *University of Chicago Law Review* 68: 29-30.

<sup>265</sup> Véanse MAIER-RIGAUD en *European Competition Law Annual* 2016, pp. 209-210; SHELANSKI / SIDAK (2001) *University of Chicago Law Review* 68, p. 32 y PAGE en *The Oxford Handbook of International Antitrust Economics*, Vol. 1, pp. 272-273 (lo que no ocurre con el control de la interoperabilidad, que introduce una forma de regulación sectorial).

<sup>266</sup> CAVANAUGH (2005) *Oregon Law Review* 84, p. 190 [aunque referido a la intervención judicial en el caso, véase sentencia del Tribunal Federal de Apelación del Segundo Circuito de 25 de agosto de 1990 (ponente J. O. Newman) *ASCAP v. Showtime/The Movie Channel, Inc.*, 912 F.2d 563 (2d Cir. 1990)].

<sup>267</sup> RITTER (2016) *Journal of European Competition Law & Practice* 7, p. 597. Así, sobre los excesivos costes de cumplimiento que engendraron las obligaciones impuestas en los asuntos Tabacalera/McClane y 3M/SIGESA (referidos *supra* n201, 62 y 220), véase JIMÉNEZ / PRIETO en *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, p. 144.

<sup>268</sup> Véanse, por ejemplo, ¶264 de la Decisión de la Comisión de 16 de junio de 2008 (COMP/C2/38.698 CISAC) y FD2º.3 de la RCNMC de 25 de septiembre de 2014 (VATC/0216/10 *Vocento/Godó*, sin ponente) sobre el cumplimiento de la obligación de remisión información trimestral sobre los precios y descuentos practicados en los servicios objeto de supervisión por la autoridad.

<sup>269</sup> Es el caso del Comité técnico encargado de la supervisión del cumplimiento de las obligaciones asumidas por Microsoft en Estados Unidos, véase HESSE (2009) *Antitrust Law Journal* 75, p. 861.

pero en la UE esa medida se ha considerado ilegal por la indeterminación en su configuración y por la imposición de costes desproporcionados a las empresas<sup>270</sup>.

**119.** Corresponde en sus respectivos ámbitos de competencia a la Comisión Europea<sup>271</sup>, a la CNMC y a las autoridades autonómicas de competencia<sup>272</sup>, el control de la ejecución y la vigilancia del cumplimiento de las obligaciones impuestas (para valorar en qué medida las obligaciones impuestas han cumplido su cometido y cómo ha evolucionado el mercado a raíz de las mismas)<sup>273</sup>. No obstante, si se verificase incumplimiento de las obligaciones impuestas ello llevaría aparejada la imposición de una sanción<sup>274</sup>.

## VI. La remoción de los efectos contrarios al interés público

**120.** La legislación de defensa de la competencia contempla como un remedio distinto de la orden de cesación de las conductas y de la imposición de otras obligaciones estructurales o de conducta al infractor la orden de remoción de los efectos contrarios al interés público<sup>275</sup>.

**121.** Dentro del propósito general de restaurar el orden concurrencial, la orden de remoción de los efectos contrarios al interés público persigue eliminar la perturbación en el mercado introducida por la conducta infractora, eliminando los efectos negativos que de la misma se hayan derivado. Se trata de un remedio de naturaleza y finalidad concurrencial, que busca remover los efectos negativos derivados de la conducta anticompetitiva que perduren en el mercado y que perjudiquen al orden concurrencial en general.

**122.** La restauración del orden concurrencial no supone la reparación o compensación de los daños que de la realización de conducta prohibida se hubieran derivado (que, en su caso, deberán exigirse a través de la eventual reclamación de daños y perjuicios), sino que busca eliminar los efectos negativos para el interés público de la conducta anticompetitiva que continuasen existiendo o produciéndose a pesar de la orden de cesación impuesta. Obviamente, lo anterior supone que la remoción sólo será posible si esos efectos se han producido, careciendo de sentido en caso contrario. Por tanto, la orden de remoción de efectos sería posible incluso cuando la infracción hubiera cesado, pero permanecieran los efectos negativos en el mercado<sup>276</sup>.

<sup>270</sup> El “*monitoring trustee*” impuesto por la Comisión UE en el asunto Microsoft fue anulado por la STGUE de 17 de septiembre de 2007, T-210/04 (¶1263-1279, *supra* n120); véase R. GARCÍA-VALDECASAS “La revisión judicial de los remedios y compromisos en procedimientos sancionadores” en PETITBÓ / MARTÍNEZ *Remedios y sanciones en el derecho de la competencia*, 2008, p. 310.

<sup>271</sup> Artículo 9 y 24.1.c) del Reglamento 1/2003.

<sup>272</sup> Artículos 41 y 62.4.c) de la LDC y 42 RDC, véase L. CASES / J. MENOR “Reacción ante los incumplimientos de compromisos y soluciones. La valoración a posteriori de la efectividad de los remedios” en PETITBÓ / MARTÍNEZ (dirs) *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, pp. 325-326.

<sup>273</sup> Como dicen CASES / MENOR en *Remedios y sanciones en el Derecho de la Competencia*, 337 (“a través del conocimiento de la eficacia de sus decisiones sobre los mercados sobre los que recaen, podrá igualmente llevar a cabo una mejor aplicación de sus prioridades de enforcement e, incluso, una reevaluación de los mecanismos de aplicación”). Así, por ejemplo, sobre la evolución del mercado del hormigón premezclado en Cantabria tras la RCNC de 22 de julio de 2009 (648/08 *Hormigones de Cantabria*, ponente I. Gutiérrez) véase FD2º *in fine* de la Resolución de Vigilancia de 18 de febrero de 2016 (VS/0648/68 *Hormigones Cantabros*, sin ponente).

<sup>274</sup> Véanse, por ejemplo, las RTDC de 30 de octubre de 1997 (MC 21/97 *Tabacalera*, ponente J. Rubí) y de 4 de febrero de 1998 (MC 21/97 *Tabacalera*, ponente J. Rubí) que multaron a Tabacalera por no cumplir la obligación de suministro en condiciones no discriminatorias que se había impuesto a Tabacalera como medida cautelar (véase *supra* n200), el procedimiento principal se resolvió mediante RTDC de 24 de abril de 2002 (486/00 *McLane/Tabacalera*, ponente J. Pascual), aunque la ejecución de la misma fue anulada por STS de 24 de febrero de 2009 (ponente O. González) ECLI:ES:TS:2009:1029, precisamente al estimar que debería valorarse “*si es posible en fase de ejecución del acto administrativo modificar las obligaciones impuestas en el mismo respecto del suministro de tabaco por Altadis a McLane*” (FD3º). La pérdida de posición de dominio que motivaría el cese de la obligación de suministro se explica en RCNC de 20 de enero de 2012 (VS/486/00 *Tabacalera/McLane*, sin ponente).

<sup>275</sup> Esta previsión estaba en la LDC1989 (arts. 9 y 46.2.c) y la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, BOE175 de 23 de julio de 1963 (art. 15.1.a).

<sup>276</sup> Lo que justificaría un pronunciamiento de la autoridad, véase ya la citada STJUE de 4 de marzo de 1999, C-119/97P, *Ufex v. Comisión* (ECLI:EU:C:1999:116), ¶¶ 93-94 (“*the Commission is required to assess in each case how serious the alleged*

**123.** La remoción de los efectos negativos para el interés público se presenta como necesaria para el restablecimiento de la legalidad y la protección y garantía de un orden concurrencial libre. Comprenderá la retirada de aquellos objetos o elementos de toda clase bienes materiales o inmateriales a través de los cuales se ha verificado la conducta prohibida (productos, contratos, publicidad, registros) y cuya subsistencia agrave los efectos de la infracción en el mercado.

**124.** Como ya se ha apuntado anteriormente, en otras jurisdicciones, la remoción de efectos puede ser una medida correctiva utilizada por la autoridad de defensa de la competencia para impedir que el infractor conserve y se apropie de los beneficios ilícitos obtenidos de su conducta o para forzarle a compensar el daño ocasionado (*infra* §V.5.B.b.v). En tal caso, se produce una suerte de una devolución de los beneficios obtenidos por el infractor o incluso una compensación pública del daño<sup>277</sup>.

## VII. Conclusiones

**125.** Cuando las autoridades de autoridades de defensa de la competencia deciden los procedimientos sancionadores incoados por la infracción de las prohibiciones de conductas anticompetitivas proscritas en el TFUE y en la LDC pueden imponer remedios distintos a la sanción con el propósito de restablecer la legalidad y la libre competencia en el mercado, y prevenir la comisión de infracciones futuras. Este trabajo ha analizado algunos de los problemas comunes que suscitan los diversos remedios que con las finalidades indicadas pueden adoptarse, empezando con las medidas cautelares que anticipan los remedios que puedan imponerse en la decisión final. Se ha prestado especial atención a las posibles configuraciones de los remedios obligacionales y, en particular, a los requisitos de necesidad, adecuación y proporcionalidad que la autoridad de defensa de la competencia ha de respetar en su diseño. No obstante, el hecho de que muchos de ellos sean el resultado de un procedimiento de terminación convencional en el cual las empresas aceptan voluntariamente las obligaciones que se comprometen a cumplir hace que se relajen los mencionados requisitos y que las autoridades de competencia hayan ido más allá del cometido que la legislación de defensa de la competencia les encomienda.

---

*interferences with competition are and how persistent their consequences are. That obligation means in particular that it must take into account the duration and extent of the infringements complained of and their effect on the competition situation in the Community,” and “[i]f anti-competitive effects continue after the practices which caused them have ceased, the Commission thus remains competent under Articles 2, 3(g) and [82] of the Treaty to act with a view to eliminating or neutralising them.”).*

<sup>277</sup> Véase A. EZRACHI / M. IOANNIDOU “Public Compensation as a Complementary Mechanism to Damages Actions: From Policy Justifications to Formal Implementation” (2012) *Journal of European Competition Law & Practice* 3, pp. 536-544 (que proponen un remedio público alternativo e independiente a los ya existentes para que el infractor pague a los perjudicados cuando se trate de intereses colectivos o individuales difusos).