Anuario de los mercados y la competencia 2026

Pasado, presente y futuro de la política de competencia



CNMC
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

ANUARIO DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (CNMC)

CONSEJO DE REDACCIÓN

Alejandra de Iturriaga y Gandini, Alfonso Camba Crespo, Jesús Gabirondo Aramendi, Luis Padial Muñoz, Marta García Jauregui, Miguel Bordiu García-Ovies, Patricia Cordovilla González, Rocío Prieto González, Susana Campuzano Fernández, Teresa Hernández Guerra, Vera Sopeña Blanco.

CONSEJO CIENTÍFICO

Andrea Marván Saltiel, Anna Matas Prats, Beatriz de Guindos Talavera, Iratxe Gurpegui Ballesteros, Javier Asensio Ruiz de Alda, Joan Ramón Borrell Arqué, Joaquín Almunia Amann, Joaquín García Bernaldo de Quirós, Joaquín López Vallés, José María Marín Quemada, José Mendoza Antezana, Juan Ignacio Signes de Mesa, Juan Luis Jiménez González, Juli Ponce Solé, Lluís Cases Pallarés, Lluís Saurí Romero, Luis Berenguer Fuster, María Elena Vasquez Taveras, María José Moral Rincón, Pablo Ibáñez Colomo, Paulo Burnier da Silveira, Xulia González Cerdeira.

DIRECCIÓN

Cani Fernández Vicién y Juan José Ganuza Fernández.

EDICIÓN

Alfonso Camba Crespo, Pedro Hinojo González, Sergio Vela Ortiz, Soledad Robles Romero.

REDACCIÓN

Barquillo, 5, 28004 Madrid - anuariocompetencia@cnmc.es

Los análisis y opiniones en los artículos de esta publicación son los de los autores y no representan opiniones oficiales de la CNMC, con las que no tienen por qué coincidir.

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta publicación, así como la edición de su contenido por medio de cualquier proceso reprográfico o fónico, electrónico o mecánico, especialmente imprenta, fotocopia, microfilm, offset o mimeógrafo, sin la previa autorización escrita del editor.

Editor: CNMC – Departamento de Promoción de la Competencia.

Composición y maquetación: Bannister Global

ISSN: 3101-3406

e-ISSN: 3101-3546

DL: M-23410-2025

Índice

A fondo: Pasado, presente y futuro de la política de competencia

Prólogo
Cani Fernández Vicién, y Juan José Ganuza Fernández 5

La Política de competencia de la UE en un entorno cambiante: algunas novedades y retos futuros
Fernando Castillo de la Torre 9

La evolución de la política de competencia en América Latina y el Caribe
Juan David Gutiérrez 29

Evolución y perspectivas de la promoción de la competencia en España
Juan José Ganuza, Lara Tobías y Soledad Robles 51

La contribución de las autoridades autonómicas a la defensa de la competencia en España
Daniel Neira Barral 75

Public enforcement against restrictive agreements: the practice of the Spanish Competition Authority (2009-2025)
Daniel García-Zarza y Pablo Ibáñez 93

Evolución de los expedientes sancionadores en materia de abuso de posición dominante desde la perspectiva española y comunitaria
Francisco Roig, Francisco Ripoll y Carolina Fernández Bustillo 115

Pasado, presente y futuro del artículo 3 LDC
Carmen Cerdá y Beatriz de Guindos 137

La exención legal. Encaje e interpretación del artículo 4 de la LDC
Lluís Cases 167

35 años de control de concentraciones en España: balance y reflexión a futuro
Elena Zoido 193

El control de concentraciones desde la perspectiva española y europea
Ignacio Jiménez y Fernando Díez Estella 221

Competencia y política industrial
Nestor Duch Brown y Sergio Vela 249

Evolución de la competencia en la contratación pública
Irene Pinilla Melgarejo, Julia García-Royo y Manuel García Rodríguez 269

La prohibición de contratar como consecuencia del ilícito antitrust tras las recientes sentencias del Supremo
Susanna Grau Arnau y Carmen Campo Fanlo 293

En clave abierta

De cartas a cuentas: equilibrio en el cálculo del coste del servicio postal universal
Eduardo Martínez, Susana Fernández y Víctor Moya 321

Evolución de la regulación y del regulador energético
Gloria Mármol Acitores e Ismael Bahillo Santoyo 341

Plataformas digitales y control de contenidos en internet: una aproximación al nuevo marco regulatorio europeo a la luz de las libertades comunicativas
Carmen Alonso, Teresa Kuchkovsky y Germán Teruel 365

A fondo:
Pasado, presente y futuro de la política de competencia

Prólogo

Cani Fernández Vicién y Juan José Ganuza Fernández.

Es un honor presentar la edición 2026 del *Anuario de los Mercados y la Competencia*, una edición especialmente significativa al cumplirse treinta años desde el inicio de este proyecto editorial. Durante estas tres décadas, el Anuario —impulsado originalmente por la Fundación ICO y ahora continuado por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)— se ha consolidado como una obra de referencia para el análisis riguroso de la política de competencia, tanto desde una perspectiva económica como jurídica.

Este aniversario no solo invita a la celebración, sino también a la reflexión. Por ello, la temática elegida para esta edición, "*Pasado, presente y futuro de la política de competencia*", responde a la necesidad de hacer balance del camino recorrido, comprender los retos actuales y anticipar las transformaciones que marcarán el futuro de esta disciplina en un entorno económico, tecnológico y geopolítico en constante cambio.

El Anuario se abre así con el artículo de **Fernando Castillo de la Torre**, que ofrece una visión privilegiada de la evolución reciente de la política de competencia de la Unión Europea en un contexto global cambiante. Su análisis combina el repaso de las principales novedades regulatorias y de aplicación con una reflexión prospectiva sobre los retos que plantea la digitalización, la sostenibilidad o las tensiones geopolíticas. Este trabajo sienta las bases del volumen al situar la política de competencia en el centro de las transformaciones económicas contemporáneas.

A continuación, **Juan David Gutiérrez** amplía la perspectiva con un estudio sobre la evolución de la política de competencia en América Latina. Su contribución permite identificar trayectorias comunes y divergencias institucionales en la región, subrayando la creciente madurez de las autoridades de competencia latinoamericanas y su progresiva convergencia con estándares internacionales. Este enfoque comparado enriquece el Anuario y permite contextualizar la experiencia europea y española en un marco más amplio.

En el ámbito nacional, el artículo de **Lara Tobías, Soledad Robles y Juan José Ganuza** analiza la evolución de la promoción de la competencia en España. Los autores examinan el desarrollo de esta función, su creciente relevancia y los instrumentos utilizados para influir en el diseño de políticas públicas. Este trabajo pone de relieve el papel cada vez más estratégico de la promoción de la competencia como complemento a la aplicación tradicional del derecho *antitrust*.

Los trabajos de **Daniel García-Zarza y Pablo Ibáñez**, por un lado, y de **Francisco Roig, Francisco Ripoll y Carolina Fernández Bustillo**, por otro, abordan la evolución de los expedientes sancionadores en relación con los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y 1 y 2 de la ley de Defensa de la Competencia. Ambos artículos ofrecen un análisis detallado de la práctica decisoria en España y en la Unión Europea, identificando ten-

dencias, cambios interpretativos y desafíos futuros. En conjunto, constituyen una radiografía completa de la aplicación del derecho *antitrust* en su vertiente más clásica.

En conexión con esta dimensión normativa, **Carmen Cerdá y Beatriz de Guindos** analizan el artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia, destacando su evolución y su papel en la articulación entre la competencia desleal y el derecho de la competencia. Su contribución aporta claridad sobre una figura jurídica compleja y de gran relevancia práctica.

En el marco institucional, **Daniel Neira Barral** aborda la aplicación descentralizada de la política de competencia en España, destacando el papel de las autoridades autonómicas y los mecanismos de coordinación existentes. Su análisis permite entender mejor la complejidad del modelo español y la importancia de una actuación coherente y eficaz en todos los niveles administrativos.

El artículo de **Lluís Cases** ofrece una reflexión de carácter más doctrinal sobre el desarrollo de la exención legal, un elemento central en la evolución del derecho de la competencia. Su análisis conecta el pasado y el presente de esta institución, aportando claves para entender su posible evolución futura en un contexto de creciente sofisticación económica y jurídica.

El control de concentraciones ocupa un lugar destacado en esta edición. **Elena Zoido** ofrece un balance de 35 años de control de concentraciones en España, identificando sus principales hitos y extrayendo lecciones para el futuro. Por su parte, **Ignacio Jiménez y Fernando Díez Estella** analizan esta materia desde una perspectiva comparada entre España y la Unión Europea, abordando los retos que plantea la evolución de los mercados y la necesidad de adaptar los instrumentos de análisis.

La interacción entre competencia y otras políticas públicas se aborda en varios trabajos. **Néstor Duch Brown y Sergio Vela** examinan la relación entre política de competencia y política industrial, un debate especialmente relevante en el contexto actual. Su análisis plantea la necesidad de encontrar un equilibrio entre ambos enfoques, evitando tensiones innecesarias y buscando sinergias.

En el ámbito de la contratación pública, **Irene Pinilla Melgarejo, Julia García-Royo y Manuel García Rodríguez** analizan la evolución de la competencia en este ámbito, destacando la importancia de los mecanismos de prevención y detección de conductas colusorias. Este trabajo pone de relieve el papel clave de la competencia en la eficiencia del gasto público.

Por su parte, **Susanna Grau Arnau y Carmen Campo Fanlo** abordan la prohibición de contratar como consecuencia de infracciones *antitrust*, a la luz de las recientes sentencias del Tribunal Supremo. Su análisis aporta claridad sobre una cuestión de gran relevancia práctica y creciente protagonismo.

La sección *En clave abierta* amplía el foco del Anuario hacia ámbitos regulatorios específicos. **Eduardo Martínez, Susana Fernández y Víctor Moya** analizan el cálculo del coste del servicio postal universal, aportando una reflexión técnica sobre el equilibrio entre eficiencia y garantía de servicio. **Gloria Mármol e Ismael Bahillo** examinan la evolución de la regulación energética y del papel del regulador, destacando los cambios estructurales en el sector. Fi-

nalmente, **Carmen Alonso, Teresa Kuchkovsky y Germán Teruel** abordan la Ley de Servicios Digitales (DSA), una de las principales novedades regulatorias en el ámbito digital, conectando así con algunos de los grandes retos que marcarán el futuro de la política de competencia.

En su conjunto, los trabajos incluidos en este Anuario reflejan la riqueza y complejidad de la política de competencia en su evolución a lo largo de estas tres décadas. Desde sus fundamentos más clásicos hasta sus interacciones con nuevas áreas como la digitalización o la política industrial, la competencia sigue siendo un pilar esencial para el buen funcionamiento de los mercados y el bienestar de los ciudadanos.

Quisiéramos expresar nuestro más sincero agradecimiento a todos los autores por la calidad de sus contribuciones, así como a todas las personas que han hecho posible esta edición. Confiamos en que este Anuario siga siendo, en los próximos años, un espacio de referencia para el análisis, el debate y la reflexión sobre la política de competencia.

Cani Fernández Vicién
Presidenta de la Comisión Nacional de los Mercados
y la Competencia hasta el 21 de julio de 2026.

Juan José Ganuza Fernández
Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados
y la Competencia desde el 22 de julio de 2026.

La Política de competencia de la UE en un entorno cambiante: algunas novedades y retos futuros

Autor[1]:

Fernando Castillo de la Torre, Director, Equipo de competencia y concentraciones, Servicio jurídico, Comisión Europea

Resumen:

El artículo analiza algunos de los desafíos del Derecho de la competencia en un contexto de cambios tecnológicos, tensiones internacionales y lucha contra cambio climático, principalmente desde una perspectiva jurídica y con referencia a la práctica decisional y jurisprudencial reciente.

Palabras clave:

Abuso de posición dominante, ecosistemas, privacidad, inteligencia artificial, democracia, mercados laborales, sostenibilidad.

Códigos JEL:

K21, K23, K42, L40, L41

[1] Las opiniones expresadas lo son a título meramente personal y no pueden en ninguna circunstancia ser atribuidas a la Comisión Europea.

1. Introducción

Estos son momentos interesantes (algunos dirían históricos) para la política de competencia de la UE. La evolución geopolítica, el aumento de las tensiones diplomáticas, la presión por combatir el cambio climático, y la evolución de la economía digital y en particular la inteligencia artificial, todo influye en la aplicación del Derecho de la competencia. No es mi ambición el tratar de todos estos desafíos, sino de abordar algunos de ellos, principalmente desde una perspectiva jurídica y con referencia a la práctica decisional y jurisprudencial reciente en materia de aplicación de los artículos 101 y 102 TFEU.[2]

Aunque algunos comentaristas advierten de que el Derecho de la competencia de la UE corre el riesgo de verse empañado por objetivos no económicos y políticos, el Derecho de la competencia dista mucho de estar al borde de la extinción. Las normas de competencia de la UE no existen en una burbuja jurídica, insensible a la evolución geopolítica, la evolución de los mercados o las realidades sociales. Esto hace que esta disciplina sea especialmente propensa a debates intensos y recurrentes en cuanto a sus objetivos.

Este debate tiende en la actualidad a abordar si es conveniente o no dotar al conjunto de herramientas del Derecho de la competencia de la UE de nuevos objetivos específicos, incluida la política industrial, la privacidad, los derechos laborales, la democracia, la pluralidad de los medios de comunicación o la protección del medio ambiente. El debate no debe considerarse como una degradación de los objetivos del Derecho de la competencia de la UE, sino más bien como una oportunidad real para explorar el papel del mismo en ámbitos que tradicionalmente han quedado fuera de su radar o a los que la Comisión Europea (y las autoridades nacionales de competencia) ha prestado menos atención.

En este contexto, conviene recordar que la UE se basa en el Estado de Derecho. Las principales normas de competencia de la UE están consagradas en el TFUE y, por lo tanto, tienen rango constitucional. Los artículos 101 y 102 TFUE tienen efecto directo, lo que significa que confieren directamente a los particulares derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros deben salvaguardar [3]. Este blindaje jurídico garantiza que las normas de competencia de la UE se mantengan fieles a su identidad histórica, y que su aplicación goce de una cierta estabilidad en el tiempo, aunque dicha aplicación deba a veces adaptarse para abordar nuevas realidades.

[2] Inevitablemente, haré también algunas referencias a la política de control de concentraciones para ilustrar algunas tendencias.

[3] Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 1974, *Belgische Radio en Televisie / SV SABAM y NV Fonior,* C-127/73, EU:C:1974:25, apartado 16. Véase también la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2021, Sumal, C-882/19, EU:C:2021:800.

2. Desafíos digitales y tecnológicos: de los ecosistemas a la inteligencia artificial, pasando por la privacidad

El Derecho de la competencia, y en particular las disposiciones sobre abuso de posición dominante, tiene como objetivo impedir que las empresas dominen los mercados. Y en ningún caso esto es más pertinente hoy que en los mercados digitales. Hoy en día, un puñado de empresas digitales tienen la capacidad de definir y configurar cómo accedemos a la información, cómo se relacionan las empresas con los clientes e incluso cómo se desarrollan los debates políticos. Desempeñan una función social muy importante, pero su influencia no debe traducirse en el poder de controlar los mercados, las noticias o las opiniones. La Unión Europea también ha creado a estos efectos un sólido código normativo digital europeo, más allá del propio Derecho de la competencia, que no podemos abordar en detalle en esta contribución.

Ecosistemas digitales

Uno de los retos que continúa definiendo la acción de las autoridades de competencia es la economía digital, y en particular cómo analizar las prácticas relativas a ecosistemas digitales. Entre las diez empresas más valiosas del mundo, al menos cinco — Microsoft, Apple, Amazon, Meta (Facebook) y Alphabet (Google) — gestionan plataformas digitales que crean y gestionan ecosistemas a los que contribuyen millones de usuarios en todo el mundo. La competencia en la economía digital es cada vez más una competencia entre ecosistemas[4].

A pesar de que el concepto de «ecosistema» sigue siendo objeto de controversia, en general se está de acuerdo en que un ecosistema digital suele caracterizarse por un producto básico primario, normalmente una plataforma que actúa de intermediario entre múltiples lados del mercado (por ejemplo, entre consumidores, productores, anunciantes o desarrolladores) y productos secundarios (complementarios)[5] . Así pues, los ecosistemas se caracterizan por su capacidad para orientar a los usuarios desde un punto de acceso en su mercado principal hacia mercados adyacentes, sin necesidad de estrategias tradicionales de agrupación contractual, tecnológica o financiera[6].

Si bien las relaciones entre los participantes en los ecosistemas son simbióticas, los miembros del ecosistema también son partes interesadas independientes con el incentivo de maximizar su respectiva captura de valor, lo que puede dar lugar a la competencia entre las distintas partes interesadas del ecosistema. Como consecuencia de ello, existe competencia

[4] OCDE (2021) «Competition Economics of Digital Ecosystems», OECD Roundtables on Competition Policy Papers, n.º 255, p. 2.

[5] Comisión Europea: Dirección General de Competencia, de Montjoye, Y.-A., Schweitzer, H. y Crémer, J., *Competition policy for the digital era [«Política de competencia para la era digital»*, documento en inglés], Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019.

[6] Batra, M., de Bijl, P., y Klein, T, «Ecosystem theories of harm in EU merger control: Analysis competitive restrictions and entrenchment», *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 15, n.º 6, 2024, p. 357 (https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae061); Heidhues, P., Köster, M. y Kőszegi, B., «A Theory of Digital Ecosystems», CESifo Working Paper, n.º 11332, 2024.

no solo entre los ecosistemas, sino también dentro de ellos[7]. Esta posibilidad se ha incorporado a la jurisprudencia de los tribunales de la Unión, en la que la competencia entre los ecosistemas Android de Google y iOS de Apple se reconoció en *Google Android*[8], y la sentencia *Android Auto*[9] se refiere a la competencia dentro del ecosistema Android entre Google Maps y una aplicación desarrollada por ENEL.

A pesar de que el «ecosistema» es un concepto desarrollado en la literatura económica y de *management*, los órganos jurisdiccionales de la Unión y la Comisión han intentado proporcionar su propia definición a efectos del Derecho de la competencia[10]. En el asunto *Google Android*, el Tribunal General señaló que, cuando varios mercados se entrelazan, es necesario tener en cuenta sus características específicas "con objeto de apreciar mejor las presiones competitivas que prevalecen en dichos mercados y la posición de poder económico de la empresa afectada"[11]. Un ecosistema digital: "reúne y hace interactuar dentro de una plataforma a varias categorías de proveedores, de clientes y de consumidores, los productos o servicios que forman parte de los mercados de referencia que componen ese ecosistema pueden imbricarse o estar interconectados unos con otros en consideración a su complementariedad horizontal o vertical. Tomados conjuntamente, esos mercados de referencia también pueden tener una dimensión global en consideración al sistema que reúne los componentes y a las eventuales presiones competitivas que se ejercen dentro de dicho sistema o procedentes de otros sistemas. La identificación de las condiciones de competencia pertinentes para apreciar la posición de poder económico de la empresa afectada puede requerir un examen a varios niveles o en varias direcciones con objeto de determinar la realidad y el alcance de las diferentes presiones competitivas que pueden ejercerse sobre dicha empresa"[12].

Esta definición se reiteró en gran medida en *Bytedance*, una sentencia relativa al Reglamento sobre Mercados Digitales (conocido popularmente por su nombre en inglés, Digital Markets Act o simplemente DMA)[13], en la que el Tribunal General señaló además que un ecosistema de plataforma digital puede consistir en uno o varios servicios básicos de plataforma y otros servicios conectados a ellos, por ejemplo, mediante vínculos tecnológicos o interoperabilidad[14].

---

7 OCDE (2022), «The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy», OECD Roundtables on Competition Policy Papers, n.º 278, https://doi.org/10.1787/2cfcb4a8-en, pp. 18-19.

8 Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022, *Google y Alphabet /Comisión (Google Android)*, T 604/18, EU:T:2022:541, apartado 270 (recurrida en casación).

9 Sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de febrero de 2025, *Alphabet y otros*, asunto C-233/23, EU:C:2025:110.

10 El Tribunal de Justicia también reconoció la importancia de los «ecosistemas», sin profundizar, no obstante, en el concepto, y fuera del contexto de las plataformas digitales, en su sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2023, *European Superleague Company*, C-333/21, EU:C:2023:1011.

11 Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022, *Google y Alphabet /Comisión (Google Android)*, T 604/18, EU:T:2022:541, apartados 113 a 114 (recurrida en casación).

12 Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022, *Google y Alphabet /Comisión (Google Android)*, T 604/18, EU:T:2022:541, apartados 116 a 117 (recurrida en casación).

13 Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Mercados Digitales) (DO L 265 de 12.10.2022, p. 1).

14 Sentencia del Tribunal General de 17 de julio de 2024, *Bytedance/Comisión*, asunto T-1077/23, EU:T:2024:478, apartados 128 a 129 (recurrida en casación).

Siguiendo estas primeras indicaciones jurisprudenciales, la Comisión señaló en sus Directrices sobre la definición de mercado que en determinadas circunstancias, puede considerarse que los ecosistemas (digitales) pueden constar de un producto primario principal y de varios productos secundarios (digitales), cuyo consumo está vinculado al producto principal, por ejemplo, por interoperabilidad o vínculos tecnológicos[15].

Como señaló el Tribunal General en Bytedance, los ecosistemas digitales pueden obstaculizar aún más la entrada en el mercado de competidores de estas empresas e incrementar los costes para los usuarios finales que quieran cambiar de proveedor, dificultando así la competitividad y disputabilidad de estas empresas frente a operadores del mercado nuevos o ya establecidos[16].

Por el lado de la demanda, los ecosistemas digitales se caracterizan, en primer lugar, por fuertes efectos de red, que surgen cuando los usuarios de un producto se benefician del hecho de que otros utilizan el mismo producto o un producto relacionado. Al reforzar y ampliar estos efectos de red, las plataformas pueden aumentar su poder de mercado y crear obstáculos a la entrada[17]. En segundo lugar, la existencia (o no) de una única conexión (cuando los usuarios muestran preferencia por utilizar un único operador en una gama de servicios diferentes) o los niveles de multiconexión por parte de los usuarios pueden afectar a la fuerza de los efectos de red, y aumentar o diluir el poder de mercado de un ecosistema. En tercer lugar, una vez que un cliente empieza a depender de diferentes servicios del mismo proveedor del ecosistema, los obstáculos al cambio en una parte del ecosistema pueden limitar el cambio de forma más amplia, lo que aumenta los obstáculos a la entrada en general. Este entorno difícil para los nuevos operadores podría motivar a los operadores históricos con poder de mercado a ser especialmente agresivos en respuesta a la amenaza de entrada. En fin, un factor clave es la creciente prominencia de los sesgos de comportamiento de los consumidores[18]. Estos sesgos pueden deberse, entre otras cosas, al hecho de que, cuando un ecosistema de productos genera sinergias de consumo, un consumidor obtendrá una mayor utilidad al adherirse al ecosistema de productos que al consumir los mismos productos de proveedores independientes.

Por el lado de la oferta, existen varios factores que facilitan las operaciones de las plataformas digitales en múltiples mercados de productos. En primer lugar, podría haber economías de escala y alcance. En segundo lugar, los datos extraídos de un mercado pueden ayudar a mejorar los productos ofrecidos en otro mercado. En fin, al controlar diferentes aspectos de un ecosistema, puede ser más fácil para una empresa garantizar una interoperabilidad eficaz y estable entre estos aspectos. Estos factores pueden aumentar el valor de los productos y servicios para los consumidores. Sin embargo, también contribuyen al poder de mercado de los proveedores de plataformas y crean riesgos para la competencia.

---

[15] Comunicación relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de competencia de la Unión, C (2023) 6789 final de 8 de febrero de 2024, apartado 104.

[16] Sentencia del Tribunal General de 17 de julio de 2024, *Bytedance/Comisión*, asunto T-1077/23, EU:T:2024:478, apartados 128 a 129 (recurrida en casación).

[17] OCDE (2023), «Theories of Harm for Digital Mergers», DAF/COMP (2023) 6, p. 8.

[18] OCDE (2022), «The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy», OECD Roundtables on Competition Policy Papers, n.º 278, pp. 12-13 y 16-17.

Algunos ejemplos pueden ayudar a ilustrarlo. En primer lugar, los ecosistemas digitales pueden otorgarse una ventaja sobre los competidores potenciales (una estrategia conocida como «ofensiva») o crear obstáculos a la entrada de nuevas empresas innovadoras (también conocida como «defensiva»)[19]. La agrupación de Windows con un lector multimedia o un navegador de Internet[20] y la vinculación de Google Search a la Play Store de Android[21] son ejemplos de prácticas sancionadas por la Comisión y confirmadas por los tribunales de la Unión. En segundo lugar, los operadores de las plataformas pueden participar en formas de autopreferencia, por ejemplo: i) degradar la interoperabilidad de terceros para favorecer sus propios productos interoperables; ii) compartir datos entre sus propias divisiones, pero no ponerlos a disposición de terceros; o iii) utilizar su posición para dar prominencia a sus propios productos sobre los de terceros. El asunto *Google Shopping* de la Comisión es un ejemplo de esta práctica[22].

Privacidad

Vinculados a los desafíos que presenta la economía de ecosistemas digitales están los desarrollos relativos a la aplicación del Derecho de la competencia en relación con la protección de datos y la privacidad. Mientras que tradicionalmente se consideraba que la privacidad estaba fuera del ámbito del Derecho de la competencia, algunos casos recientes muestran una tendencia a integrar las preocupaciones relacionadas con la privacidad en la evaluación del Derecho de la competencia de la UE.

Tradicionalmente, la Comisión había establecido una distinción clara entre la evaluación desde la perspectiva del Derecho de la competencia, por una parte, y la evaluación sobre la base de las normas de protección de datos y privacidad, por otra. Por ejemplo, en el ámbito del control de las concentraciones, la Comisión declaró en el asunto *Google/Doubleclick* que su decisión se basaba exclusivamente en la apreciación de las normas de competencia y que no prejuzgaba las obligaciones impuestas a las partes por la legislación de la Unión en materia de protección de las personas y de la intimidad en lo que respecta al tratamiento de datos personales[23]. En el asunto *Facebook/WhatsApp*, la Comisión expresó aún más claramente que el Derecho de la competencia y la legislación en materia de privacidad son diferentes, al declarar que cualquier preocupación relacionada con la privacidad derivada de la mayor

[19] Eisenmann, T., Parker, G. y Van Alstyne, M., «Platform Envelopment», *Strategic Management Journal*, vol. 32, n.o 12, 2011, p. 1270 (https://doi.org/10.1002/smj.935); OCDE (2023), «Theories of Harm for Digital Mergers», DAF/COMP (2023) 6, pp. 3, 19-21; OCDE (2022), «The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy», OECD Roundtables on Competition Policy Papers, n.º 278, OECD Publishing, pp. 16 y 19.

[20] Sentencia del Tribunal General de 17 de septiembre de 2007, *Microsoft / Comisión*, T-201/04, EU:T:2007:289.

[21] Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022, *Google y Alphabet / Comisión*, T-604/18, EU:T:2022:541 (recurrida en casación).

[22] Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2024, *Google y Alphabet / Comisión* (Google Shopping), C-48/22 P, EU:C:2024:726

[23] Decisión de la Comisión, de 11 de marzo de 2008 (Asunto COMP/M.4731 — Google/DoubleClick), DO C 184 de 22.7.2008, pp. 10-12, apartado 368.

concentración de datos bajo el control de Facebook como consecuencia de la operación no entraba en el ámbito de aplicación de las normas del Derecho de la competencia de la UE[24].

Más recientemente, la separación de principio entre las cuestiones relacionadas con la privacidad y las cuestiones relacionadas con la competencia se ha vuelto menos marcada. Esto se desprende claramente de varias decisiones en materia de concentraciones en las que la Comisión tuvo en cuenta preocupaciones relacionadas con la privacidad en el contexto de su evaluación de la competencia. Por ejemplo, en *Apple/Shazam*, la Comisión evaluó si la adquisición permitiría a Apple utilizar la información de los clientes obtenida a través de la transacción para afectar negativamente a la competencia[25]. Las preocupaciones relacionadas con la privacidad también fueron un problema importante en *Google/Fitbit*[26]. La Comisión examinó si la combinación de las capacidades de Fitbit y Google en materia de recogida y utilización de datos podía dar lugar a efectos horizontales no coordinados contrarios a la competencia[27].

El mismo enfoque puede observarse en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como ilustra la sentencia en el asunto *Meta Platforms*. Dicho asunto giraba en torno a una decisión de la Oficina Federal de Defensa de la Competencia alemana en la que declaraba, en esencia, que Facebook había abusado de su posición dominante al tratar los datos de los usuarios de un modo que no era conforme con el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)[28]. El órgano jurisdiccional remitente preguntó, entre otras cosas, si una autoridad de competencia podía considerar infracciones del RGPD en el contexto de la constatación de un abuso de posición dominante. El Tribunal de Justicia observó que el acceso a los datos personales y la posibilidad de tratarlos se han convertido en un parámetro importante de la competencia entre empresas en la economía digital. Por lo tanto, excluir las normas sobre protección de datos personales del marco jurídico que deben tener en cuenta las autoridades de competencia al examinar un abuso de posición dominante ignoraría la realidad de este desarrollo económico y podría socavar la eficacia del Derecho de la competencia en la UE[29].

[24] Decisión de la Comisión, de 3 de octubre de 2014 (Asunto n.º COMP/M.7217 — FACEBOOK/WHATSAPP), apartado 164.

[25] Decisión de la Comisión, de 6 de septiembre de 2018 (asunto M.8788, Apple/Shazam).

[26] Decisión de la Comisión, de 17 de diciembre de 2020 (asunto M.9660 — Google/Fitbit), apartado 412.

[27] Finalmente, autorizó la fusión tras aceptar compromisos destinados, entre otras cosas, a garantizar a los usuarios la elección de permitir o prevenir el uso de los datos sobre salud y bienestar almacenados en sus cuentas, protegiendo así su privacidad. La decisión ilustra que las cuestiones de privacidad pueden ser un problema de competencia por derecho propio, y que el mero hecho de que estén reguladas por normas de protección de datos no impide que se tengan en cuenta en la evaluación con arreglo al Derecho de la competencia.

[28] Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento General de Protección de Datos) (DO 2016, L 119, p. 1; corrección de errores en DO 2018, L 127, p. 3). Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2023, *Meta Platforms y otros (Condiciones generales de uso de una red social)*, C-252/21, EU:C:2023:537.

[29] Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2023, *Meta Platforms y otros (Condiciones generales de uso de una red social)*, C-252/21, EU:C:2023:537, apartado 51

La mayor atención prestada a las cuestiones relacionadas con la privacidad puede explicarse por el aumento de la recogida, el acceso y el intercambio de datos personales[30]. Desde el punto de vista del Derecho de la competencia, se corre el riesgo de que una gran cantidad de datos se concentre en manos de grandes empresas digitales, lo que podría permitirles comportarse de manera contraria a la competencia, por ejemplo, degradando la protección de la privacidad de los consumidores o vinculando la política de privacidad[31].

Otra consecuencia de la mayor atención prestada a las preocupaciones relacionadas con la privacidad es el riesgo de que puedan utilizarse como «escudo» para aplicar prácticas potencialmente contrarias a la competencia. En particular, las empresas con un peso significativo en el mercado podrían adoptar políticas de privacidad estrictas, supuestamente en beneficio de sus usuarios. Sin embargo, en realidad, estas políticas podrían permitirles perjudicar la competencia restringiendo el acceso a los datos que constituyen un insumo necesario para los competidores (en sentido descendente). Especialmente en los mercados de publicidad en línea, podría invocarse la privacidad para justificar posibles conductas contrarias a la competencia, y podrían aprovecharse los requisitos de protección de datos para falsear la competencia[32].

Inteligencia artificial

Uno de los crecientes retos procede del auge de la inteligencia artificial (IA). Hace más de un año, la Comisión empezó a examinar la competencia en IA generativa. La Comisión ha expresado sus preocupaciones de que los agentes más poderosos puedan utilizar su posición dominante para favorecer sus propios servicios de IA y restringir la competencia. Recientemente la Comisión ha incoado un procedimiento en relación con la conducta de Meta consistente en bloquear los chatbots de IA de terceros de WhatsApp.

También ha abierto un procedimiento sobre otras prácticas de Google relacionadas con la IA. El 8 de diciembre de 2025, la Comisión ha lanzado una investigación para evaluar si Google ha infringido las normas de competencia de la UE al utilizar el contenido de los editores web, así como el contenido cargado en la plataforma de intercambio de vídeos en línea YouTube, con fines de inteligencia artificial. La investigación examinará, en particular, si Google está distorsionando la competencia al imponer condiciones abusivas a los editores y creadores

[30] OCDE, «The intersection between competition and data privacy», OECD Roundtables on Competition Policy Papers, n.º 310, OECD Publishing, 2024, p. 4.

[31] Sobre diferentes teorías posibles del perjuicio, véase OCDE, «The intersection between competition and data privacy», OECD Roundtables on Competition Policy Papers, n.º 310, OECD Publishing, 2024, pp. 4, 13-15.

[32] Por ejemplo, la autoridad francesa constató que Apple había abusado de su posición dominante al aplicar su marco de transparencia del seguimiento de aplicaciones, que hace que la recogida de datos sobre aplicaciones de terceros en el ecosistema iOS e iPadOS dependa del consentimiento explícito de los usuarios (Véase Décision 25-D-02 du 28 mars 2025 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la publicité sur applications mobiles sur les terminaux iOS). La propia existencia de un marco no era problemática en cuanto a los beneficios probables para los usuarios en lo que respecta a la protección de la privacidad. Sin embargo, la ANC francesa consideró que la aplicación del marco era abusiva, especialmente porque los métodos de aplicación complicaban artificialmente el uso de aplicaciones de terceros y distorsionaban la neutralidad del marco en detrimento de los pequeños editores financiados mediante publicidad.

de contenidos, o al concederse un acceso privilegiado a dichos contenidos, colocando así a los desarrolladores de modelos de IA rivales en desventaja.

A la Comisión le preocupa que Google pueda haber utilizado el contenido de los editores web para prestar servicios generativos basados en IA («*AI Overviews* » y «*AI Mode*»)[33] en sus páginas de resultados de búsqueda sin una compensación adecuada a los editores y sin ofrecerles la posibilidad de rechazar dicho uso de su contenido. Muchos editores dependen de la búsqueda en Google para el tráfico de usuarios, y no quieren arriesgarse a perder el acceso a ella. También preocupa que vídeos y otros contenidos subidos a YouTube sean utilizados para entrenar los modelos de IA generativa de Google sin una compensación adecuada a los creadores y sin ofrecerles la posibilidad de rechazar dicho uso de su contenido.

3. Sostenibilidad

Las pruebas de la correlación entre las actividades humanas y el cambio climático han suscitado la preocupación urgente de garantizar el uso sostenible de los recursos. La generación actual debe actuar con prontitud para garantizar la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. La sostenibilidad es un concepto amplio que abarca el desarrollo económico, medioambiental y social[34]. Los Tratados de la Unión proporcionan una base jurídica sólida para la consecución del desarrollo sostenible, que es un principio fundamental de la Unión y está reconocido en el artículo 3 del TUE, el artículo 11 del TFUE y el artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Estas disposiciones exigen que la protección del medio ambiente se integre en la definición y aplicación de las políticas y acciones de la UE, con vistas a promover el desarrollo sostenible. El artículo 191 del TFUE promueve expresamente medidas de lucha contra el cambio climático. Los artículos 9, 10, 12 y 13 del TFUE también exigen, respectivamente, que, al definir y aplicar sus políticas, la UE tenga en cuenta: i) la promoción de un alto nivel de empleo; ii) la lucha contra la discriminación; iii) la protección de los consumidores; y iv) el bienestar de los animales.

En diciembre de 2019, la Comisión presentó el Pacto Verde Europeo, una hoja de ruta para hacer que la economía de la UE sea sostenible: convirtiendo los retos climáticos y medioambientales en oportunidades en todos los ámbitos políticos; estableciendo una estrategia de crecimiento moderna; y haciendo que la transición sea «justa e inclusiva» para todos[35]. La Comunicación sobre el Pacto Verde afirmaba expresamente que la transformación de las políticas de la UE en una economía sostenible requiere un compromiso cuidadoso entre los objetivos medioambientales, económicos y sociales. También dejó claro que todas las políti-

[33] AI Overviews muestra resúmenes generados por AI que responden a la consulta de búsqueda de un usuario por encima de los resultados orgánicos, mientras que AI Mode es una pestaña de búsqueda similar a un chatbot que responde a las consultas de los usuarios en un estilo conversacional.

[34] En 2015, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Resolución de las Naciones Unidas titulada «Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible», que estableció 17 objetivos de desarrollo sostenible con 169 metas asociadas, que van mucho más allá de los objetivos puramente medioambientales.

[35] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones — El Pacto Verde Europeo, COM (2019) 640 final de 11 de diciembre de 2019.

cas de la UE, incluida la política de competencia, desempeñarán un papel en la consecución de este objetivo.

La historia muestra que las normas de competencia de la UE, como pilar del mercado interior, han apoyado tradicionalmente la consecución de un amplio espectro de objetivos de la UE. No lo han hecho incorporando directamente otros objetivos políticos, sino cumpliendo su tarea principal de mantener la competencia en los mercados; protegiendo los incentivos de los operadores del mercado para innovar; y garantizando resultados eficientes en beneficio de los consumidores. El Tribunal de Justicia ha afirmado repetidamente que la función de las normas sobre competencia es "evitar que la competencia sea falseada en detrimento del interés general, de las empresas individuales y de los consumidores, contribuyendo de esta forma a garantizar el bienestar en la Unión Europea"[36].

Esto también implica que la política de competencia puede apoyar, pero no sustituir, la legislación sectorial específica que tiene la tarea de abordar directamente las deficiencias del mercado con vistas a alcanzar objetivos específicos de sostenibilidad. Para comprender este papel de apoyo de la legislación y la política de competencia, es importante señalar que una de las principales preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible es que las decisiones individuales de producción y consumo pueden tener externalidades negativas (es decir, efectos negativos, por ejemplo, en el medio ambiente) que las empresas o los consumidores que las causan no tienen suficientemente en cuenta. Este tipo de deficiencia del mercado puede mitigarse o subsanarse mediante la acción colectiva, principalmente a través de políticas públicas o de regulación (sectorial), y, en segundo lugar, cuando la regulación no aborde plenamente las deficiencias del mercado, mediante la cooperación entre empresas que promuevan la producción o el consumo sostenibles[37]. La aplicación del Derecho de la competencia resulta crucial cuando las empresas deciden de manera autónoma celebrar acuerdos o adoptar comportamientos que, aunque estén destinados a perseguir objetivos de sostenibilidad, corren el riesgo de falsear la competencia.

No obstante, es justo decir que ha habido (y sigue habiendo) poca experiencia a la hora de abordar las cuestiones de sostenibilidad en los asuntos relacionados con el Derecho de la competencia. Esto requirió un debate público sobre la manera en que las normas de competencia y las políticas de sostenibilidad pueden funcionar conjuntamente, que se puso en marcha en 2020[38].

Del debate público surgieron varios temas. En primer lugar, existía la preocupación de que la falta de claridad sobre cómo pueden evaluarse las iniciativas de sostenibilidad con arreglo a las normas de defensa de la competencia disuadiría a las empresas de invertir en tales iniciativas. En segundo lugar, se expresó la preocupación de que la aplicación rigurosa del artículo 101, apartado 1, del TFUE pudiera obstaculizar la cooperación entre empresas destinada a

[36] Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2022, *Servizio Elettrico Nazionale y otros*, C-377/20, EU:C:2022:379, apartado 41.

[37] Véanse las Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, DO C 259 de 21.7.2023, pp. 1-125, apartado 520.

[38] Véase Badea et al. (2021), "Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition", Competition policy brief, Comisión Europea, número 1.

lanzar productos sostenibles. En tercer lugar, se expresó la preocupación de que las normas de competencia no sean adecuadas para dar cabida a los beneficios en materia de sostenibilidad. Esto afecta, en particular, a las condiciones del artículo 101, apartado 3, del TFUE, pero también, por analogía, a las condiciones para las defensas de eficiencia con arreglo al artículo 102 del TFUE y en el contexto del control de las concentraciones. Las mejoras de eficiencia se evalúan, en principio, dentro de los límites de cada uno de los mercados de referencia a los que se refiere el acuerdo. Esto significa que los beneficios generados por acuerdos fuera del mercado de referencia no pueden, en principio, compensar los efectos contrarios a la competencia producidos en el mercado por el mismo acuerdo.

La Comisión decidió adoptar un doble enfoque para abordar las preocupaciones expresadas. En primer lugar, al adoptar directrices interpretativas, la Comisión podría introducir claridad y reducir la incertidumbre a la hora de aplicar las normas de competencia a las prácticas que persiguen objetivos de sostenibilidad. En segundo lugar, la Comisión consideró importante seguir aplicando el Derecho de la competencia de manera eficaz en los casos en que un comportamiento contrario a la competencia impida o retrase el lanzamiento de productos sostenibles.

En 2023, la Comisión adoptó unas directrices revisadas sobre la aplicación del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal, que incluyen un capítulo exhaustivo dedicado a los acuerdos de sostenibilidad (capítulo 9)[39]. Las Directrices se refieren a los acuerdos de sostenibilidad como cualquier acuerdo de cooperación horizontal que persiga un objetivo de sostenibilidad, independientemente de la forma de la cooperación[40].

En primer lugar, las Directrices proporcionan ejemplos que demuestran que los acuerdos pueden perseguir objetivos de sostenibilidad sin afectar a parámetros de competencia, como el precio, la cantidad, la calidad, la elección o la innovación. Estos acuerdos de cooperación quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 101, apartado 1, del TFUE.

En segundo lugar, dado que la normalización es una forma muy común de cooperación utilizada para perseguir objetivos de sostenibilidad, las Directrices proporcionan una salvaguardia regulatoria blanda (*soft safe harbour*) para algunos acuerdos de normalización en materia de sostenibilidad. El incumplimiento de una o varias de las condiciones de la salvaguardia regulatoria blanda no crea una presunción de que el acuerdo de estandarización de la sostenibilidad restrinja la competencia en el sentido del artículo 101, apartado 1, del TFUE. No obstante, si no se cumplen una o varias de estas condiciones, deberá llevarse a cabo una evaluación individual del acuerdo con arreglo al artículo 101 del TFUE[41].

En tercer lugar, las Directrices dejan claro que los acuerdos que restringen la competencia no pueden eludir la prohibición del artículo 101, apartado 1, del TFUE por el mero hecho de que también puedan perseguir objetivos de sostenibilidad. Sin embargo, las Directrices dejan claro que la persecución de un objetivo de sostenibilidad es pertinente para determinar si un

[39] Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, DO C 259 de 21.7.2023, pp. 1-125.

[40] Véase apartado 521.

[41] Véase apartado 552.

acuerdo restringe la competencia por el objeto o por el efecto en el sentido del artículo 101, apartado 1. Aclaran que cuando las partes de un acuerdo demuestren que el objeto principal del acuerdo es la consecución de un objetivo de sostenibilidad, y cuando esto arroje dudas razonables sobre si el acuerdo revela en sí mismo, y teniendo en cuenta el contenido de sus disposiciones, sus objetivos y el contexto económico y jurídico, un grado suficiente de perjuicio para la competencia, el acuerdo no se considerará una restricción por el objeto, sino que se examinarán sus efectos.

Además, las Directrices abordan la preocupación de que la interpretación del artículo 101, apartado 3, del TFUE sea demasiado limitada para tener en cuenta las justificaciones basadas en los beneficios para la sostenibilidad. La Comisión no reconsideró el concepto de participación equitativa ni alteró el examen relativo al bienestar de los consumidores, como sugirieron algunos durante el debate público. En su lugar, se adhirió a la jurisprudencia existente y mostró en las Directrices cómo el marco de análisis puede tener en cuenta los beneficios en materia de sostenibilidad, también en los casos en que estos beneficios se produzcan fuera del mercado de referencia. Las Directrices exploran posibles formas de integrar los beneficios en materia de sostenibilidad en la evaluación de la letra a) del artículo 101, apartado 3[42].

Unos meses después la Comisión adoptó Directrices interpretativas aplicables específicamente a los acuerdos en el sector agrícola[43]. Dada la estructura única del sector agrícola, el artículo 42 del TFUE concede una excepción a los principios de la política de competencia para los productos agrícolas y para el comercio de dichos productos. En 2021, el Reglamento (UE) 2021/2117[44] modificó, entre otros, el Reglamento (UE) 1308/2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios, añadiendo un nuevo artículo 210 bis que excluye determinados acuerdos restrictivos en el sector agrícola de la prohibición del artículo 101 del TFUE cuando dichos acuerdos sean indispensables para alcanzar normas de sostenibilidad que vayan más allá de las normas obligatorias de la Unión o nacionales. Las directrices de la Comisión de 2023 aclaran cómo los operadores del sector agroalimentario pueden diseñar iniciativas conjuntas de sostenibilidad de conformidad con el artículo 210 bis.

Las consideraciones de sostenibilidad se tuvieron también en cuenta en la Comunicación revisada sobre la definición de mercado de 2024[45]. La sostenibilidad puede ser una dimensión de la calidad y la innovación y, como tal, puede repercutir en las posibilidades de elección de los consumidores. Un mercado de productos podría ser más amplio o más reducido, depen-

[42] Véase sección 9.4 de las Directrices.

[43] Directrices de la Comisión sobre la exclusión del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de los acuerdos de sostenibilidad de los productores agrícolas con arreglo al artículo 210 bis del Reglamento (UE) n.º 1308/2013, C/2023/8306, DO C, C/2023/1446, 8.12.2023.

[44] Reglamento (UE) 2021/2117 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de diciembre de 2021, que modifica los Reglamentos (UE) n.º 1308/2013, por el que se crea la organización común de mercados de los productos agrarios, (UE) n.º 1151/2012, sobre los regímenes de calidad de los productos agrícolas y alimenticios, (UE) n.º 251/2014, sobre la definición, descripción, presentación, etiquetado y protección de las indicaciones geográficas de los productos vitivinícolas aromatizados, y (UE) n.º 228/2013, por el que se establecen medidas específicas en el sector agrícola en favor de las regiones ultraperiféricas de la Unión (DO L 435 de 6.12.2021, pp. 262-314).

[45] Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa de competencia de la Unión, DO C, C/2024/1645, 22.2.2024.

diendo de la voluntad de los consumidores de sustituir un determinado producto ecológico o de comercio justo por otro no sostenible. La Comunicación revisada sobre la definición de mercado señala expresamente que, al definir los mercados de referencia, la Comisión tiene en cuenta los diversos parámetros de competencia que los clientes consideran pertinentes en el ámbito y el período evaluados y que dichos parámetros pueden incluir no solo el precio del producto, sino también su grado de innovación y diversos aspectos de su calidad, incluida su sostenibilidad, eficiencia en el uso de los recursos o durabilidad.

Más recientemente, ante los elevados costes de la energía y la feroz competencia mundial, la Comisión ha lanzado el Pacto por una Industria Limpia. Adoptado el 26 de febrero de 2025, describe medidas concretas para convertir la descarbonización en un motor de crecimiento para las industrias europeas[46]. Las medidas incluyen la reducción de los precios de la energía, la creación de puestos de trabajo de calidad y el establecimiento de unas condiciones adecuadas para que las empresas prosperen. Aunque no juega un papel central, hay también referencias al Derecho de la competencia en este Pacto. Más allá de las normas en materia de ayudas estatales, la Comisión se declara dispuesta a orientar de manera informal a las empresas sobre la compatibilidad de los proyectos de cooperación que contribuyan a la consecución de las prioridades de la UE con las normas en materia de defensa de la competencia, en particular las relativas a la innovación, la descarbonización y la seguridad económica en la UE. Asimismo, se anunciaba que se revisarán las directrices utilizadas para evaluar las concentraciones con el fin de integrar mejor en el análisis de la competencia el efecto causado por las concentraciones en la asequibilidad de los productos sostenibles y en la innovación limpia, o en la creación de eficiencias que aporten beneficios sostenibles, pero también en la innovación, la resiliencia y la intensidad de inversión de la competencia en determinados sectores estratégicos.

Poco después la Comisión Europea publicó una orientación informal sobre la compatibilidad con las normas de competencia de la UE de un acuerdo de sostenibilidad para la compra conjunta y el establecimiento de especificaciones técnicas para equipos eléctricos de contenedores utilizados en puertos. Esto aceleraría la transición de equipos diésel a eléctricos en los puertos de la UE, contribuyendo así a la reducción de las emisiones de CO_2[47].

Finalmente, hay que recordar que la Comisión ha prestado y sigue prestando especial atención a los casos en los que la competencia que promueve productos sostenibles podría verse obstaculizada. Por ejemplo, en 2017, la Comisión constató que los fabricantes de camiones medios y pesados habían infringido el artículo 101 del TFUE al coludir durante 14 años sobre los aumentos brutos de los precios de los camiones y sobre el calendario para la introducción de tecnologías de emisiones destinadas a cumplir las normas medioambientales establecidas en la legislación europea[48]. En 2021, la Comisión constató que tres constructores de automóviles habían infringido el artículo 101 del TFUE al coordinarse en relación con el

[46] Pacto por una Industria Limpia: una hoja de ruta conjunta para la competitividad y la descarbonización COM(2025) 85.

[47] Comunicado de prensa, IP/25/1769, de 9 de julio de 2025.

[48] Decisión de la Comisión, de 27 de septiembre de 2017, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto AT.39824 — Camiones).

desarrollo de sistemas de reducción catalítica selectiva para turismos equipados con motor diésel[49] En 2025, la Comisión multó a 15 fabricantes de automóviles y a la Asociación Europea de Fabricantes de Automóviles por su participación en un cártel sobre el reciclado de vehículos al final de su vida útil que duró más de 15 años[50].

4. Mercados laborales

Las empresas pueden adoptar diferentes tipos de acuerdos que pueden tener un impacto negativo en los mercados laborales y, en última instancia, en el bienestar de los consumidores. Los más destacados son los acuerdos horizontales sobre el nivel de remuneración y los «acuerdos de no captación» (*"no poach"*). A este respecto, cabe señalar que la aplicación de la legislación en materia de competencia en los mercados laborales no se ha percibido, al menos hasta hace poco, como una prioridad entre las autoridades de competencia[51]. La protección de los trabajadores tampoco se ha considerado una consideración orientativa de la práctica decisional. En la UE, la práctica de la Comisión ilustra esta situación. Hasta la fecha, y a pesar de una larga historia de debate académico sobre este asunto, la Comisión solo ha adoptado una decisión por la que se declara que un acuerdo relativo al mercado laboral es contrario al artículo 101 del TFUE. En 2025 la Comisión impuso finalmente multas por un total de 329 millones EUR a dos empresas de entrega de alimentos, por una infracción que cubría también otros aspectos[52].

Sin embargo, ha habido una reciente concienciación en la Comisión sobre la necesidad de garantizar el buen funcionamiento de los mercados laborales a través de una aplicación más activa. Esta evolución ha sido en gran parte impulsada por un cambio en la percepción de la especial importancia, desde una perspectiva competitiva, de determinados tipos de trabajadores altamente cualificados en algunos sectores, o por la necesidad de proteger los derechos de determinados trabajadores por cuenta propia a la luz de la reciente evolución del mercado laboral relacionada con ciertos servicios de la economía digital.

[49] Decisión de la Comisión, de 8 de julio de 2021, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto AT.40178 — Emisiones de automóviles).

[50] Decisión de la Comisión, de 1 de abril de 2025, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto AT.40669 — Reciclado de vehículos al final de su vida útil).

[51] La aplicación de las normas contra los acuerdos restrictivos en los mercados laborales se está convirtiendo en una prioridad para los responsables de la aplicación de las normas de defensa de la competencia en todo el mundo. Véase, entre otros, Autoridade da Concorrencia, «Labour market agreements and competition policy — Issues Paper — Final Version», septiembre de 2021; Konkurranse Tilsynet, Konkurrensverket, Konkurrence- Og Forbrugerstyrelsen, Samkeppniseftirlitið, Autoridad Finlandesa de Competencia y Consumo, «Joint Nordic Report, Competition and Labour Markets», 2024.

[52] El 2 de junio de 2025, la Comisión adoptó la decisión en el asunto AT.40795 en la que condenaba un cártel entre dos servicios de entrega de alimentos en línea que, entre otros acuerdos contrarios a la competencia, incluía un acuerdo de no captación. Comisión Europea (2025), «Commission fines Delivery Hero and Glovo EUR 329 million for participation in online food delivery cartel».

En su histórica sentencia *Albany*, el Tribunal de Justicia dictaminó que, aunque determinadas restricciones de la competencia son inherentes a los convenios colectivos entre organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores, los objetivos de política social perseguidos por dichos convenios se verían gravemente perjudicados si los empresarios y los trabajadores estuvieran sujetos al artículo 101, apartado 1, del TFUE cuando pretendan adoptar conjuntamente medidas para mejorar las condiciones de trabajo y de empleo[53].

En *Kunsten*, el Tribunal de Justicia señaló que el TFUE no contiene disposiciones que fomenten la negociación colectiva entre las organizaciones patronales y los trabajadores por cuenta propia[54]. Por lo tanto, el Tribunal decidió que un convenio colectivo celebrado entre representantes de los empresarios y una organización de trabajadores de prestadores de servicios autónomos (músicos autónomos en el caso que nos ocupa), que establece honorarios mínimos, no constituye el resultado de una negociación colectiva entre empresarios y trabajadores y no puede excluirse, por su naturaleza, del ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE. Sin embargo, el Tribunal también aclaró que su conclusión no puede impedir que los convenios colectivos de los prestadores de servicios «falsos autónomos», es decir, los prestadores de servicios en una situación comparable a la de los trabajadores por cuenta ajena, también queden excluidos del ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE[55].

A finales de 2019, se percibía que la aplicación estricta de las normas de competencia de la UE podría obstaculizar los esfuerzos colectivos de algunas personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados (en particular, los trabajadores de plataformas) para negociar mejores condiciones de trabajo con sus empleadores u organizaciones patronales. La carta de mandato dirigida a la entonces recién nombrada Comisaria de Competencia le pedía específicamente que abordara esta cuestión durante su mandato[56].

En 2022, la Comisión publicó sus Directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la UE a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados[57], en las que declaró que los convenios colectivos de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados[58] que se encuentran en una situación comparable a la de los trabajadores no entran en el ámbito de aplicación del artículo 101 del TFUE[59]. Sin embargo, las Directrices no se limitan a interpretar el derecho

[53] Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de septiembre de 1999, *Albany/Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, asunto C-67/96, EU:C:1999:43, apartado 59.

[54] Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media*, asunto C-413/13, EU:C:2014:2411, apartado 29.

[55] Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de diciembre de 2014, *FNV Kunsten Informatie en Media*, asunto C-413/13, EU:C:2014:2411, apartados 30 y 31.

[56] Ursula von der Leyen, «Carta de mandato — Margrethe Vestager — vicepresidenta ejecutiva para una Europa Adaptada a la Era Digital», Comisión Europea, 1 de diciembre de 2019, https://commissioners.ec.europa.eu/system/files/2022-12/mission-letter-margrethe-vestager_2019_en.pdf, p. 5.

[57] DO C 374, p. 2, 30.9.2022

[58] Se trata de personas que no tienen una relación laboral y que dependen principalmente de su propio trabajo personal para la prestación de sus servicios [Directrices, punto 2, letra a)].

[59] Directrices, punto 6.

material. Dan un paso más allá y afirman que, de acuerdo con las prioridades en la aplicación del derecho que la Comisión puede desarrollar, esta no aplicará el artículo 101, apartado 1, del TFUE a los convenios colectivos de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados que no se encuentren en una situación «comparable» a la de los trabajadores, pero que, no obstante, tengan dificultades para negociar sus condiciones de trabajo debido a su débil posición negociadora con respecto a sus empleadores[60]. Del mismo modo, la Comisión no intervendrá contra los convenios colectivos celebrados por trabajadores por cuenta propia en virtud de la legislación nacional o de la UE[61].

En otro orden de cosas, y subrayando la existencia de acuerdos problemáticos, en mayo de 2024 funcionarios de la DG Competencia redactaron un *Policy Brief titulado Antitrust in Labour Markets*[62]. El Brief indica que algunos de estos acuerdos se asemejan a un cártel de compradores y pertenecen a las categorías de acuerdos prohibidas por el artículo 101, apartado 1, letra a), y letra c), del TFUE. Por lo tanto, generalmente se consideran restricciones «por el objeto», ya que revelan en sí mismas un grado significativo de perjuicio para la competencia y es poco probable que estén exentas en virtud del artículo 101, apartado 3, del TFUE[63]. El Brief también señala que el análisis del contexto económico y jurídico de un acuerdo específico debe tener en cuenta el mercado laboral en cuestión, y que no es necesario un análisis de mercados descendentes. Esto significa que es irrelevante si las empresas que son parte en dichos acuerdos son competidoras en el mercado o mercados descendentes.

Recientemente, el sector del deporte ha dado lugar a una serie de asuntos que han brindado al Tribunal de Justicia la oportunidad de abordar una serie de cuestiones específicas relativas a la aplicación del Derecho de la competencia a los mercados laborales. Si bien algunas de las respuestas facilitadas son aplicables a los mercados laborales en general, otras intentan más bien preservar la integridad de las competiciones deportivas. Estas sentencias han aclarado en particular cuándo los acuerdos laborales contrarios a la competencia deben considerarse restricciones «por el objeto» o «por el efecto» con arreglo al artículo 101, apartado 1, del TFUE, así como los factores que podrían ser pertinentes para evaluar si uno de esos acuerdos debe beneficiarse de una exención con arreglo al artículo 101, apartado 3, del TFUE.

En la sentencia *Royal Antwerp*, el Tribunal de Justicia declaró que las normas sobre "jugadores formados localmente" limitan o controlan uno de los parámetros esenciales de la competición en la que participan los clubes de fútbol profesional, a saber, la contratación de jugadores de talento, al margen del club y lugar en el que se hayan formado. Se consideró que esta limitación podía afectar a la competencia en la que pueden participar los clubes, no solo en el «mercado ascendente o de suministro» (constituido por la contratación de jugadores), sino también en el «mercado descendente» (constituido por las compe-

[60] Directrices, punto 32.

[61] Directrices, punto 36.

[62] Aresu, A., Erharter, D. y Renner-Loquenz, B. (2024), *«Antitrust in Labour Markets», Competition policy brief*, Comisión Europea, número 2.

[63] Este análisis ha sido confirmado por el Tribunal de Justicia: sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2024, FIFA, C-650/22, EU:C:2024:824.

ticiones de fútbol entre clubes)[64]. En el asunto Diarra, el Tribunal de Justicia declaró que las normas sobre transferencias de la FIFA en cuestión, consideradas como un todo indivisible, presentaban, por su propia naturaleza, un alto grado de nocividad para la competencia en la contratación unilateral de jugadores ya empleados por un club o de jugadores cuyo contrato de trabajo supuestamente había sido rescindido sin causa justificada. El acceso a estos jugadores altamente formados constituía un recurso esencial para el éxito de los clubes. Por lo tanto, debía considerarse que dichas normas tenían por objeto restringir, incluso impedir, dicha competencia en todo el territorio de la Unión[65]. Hay varios asuntos pendientes ante el Tribunal de Justicia que abordan este tipo de problemáticas desde diferentes ángulos[66].

5. ¿Y si estuviera en juego la democracia?

En los últimos tiempos se plantea también el análisis de la interacción entre el Derecho de la competencia y la protección de la democracia. No se trata en realidad de un nuevo debate [67]. Sin embargo, este debate se ha visto influido significativamente en los últimos años por el extraordinario impacto de la tecnología digital (y, en particular, de las plataformas digitales) en la vida cotidiana de los europeos y en su percepción de las realidades sociales y políticas[68]. El Pacto por una Industria Limpia reconoce también esta realidad: "la política de competencia desempeña un papel crucial en la protección de los derechos de los ciudadanos frente a los excesos de poder, también en el ámbito digital, garantizando que los nuevos agentes realicen sus actividades de manera justa y no concentren indebidamente el poder económico y estratégico."

Lejos de ser un debate teórico, el Tribunal General ya ha reconocido que la prevención de determinados tipos de comportamientos abusivos que infringen el artículo 102 del TFUE, como los comportamientos capaces de excluir a motores de búsqueda general, es necesaria para garantizar la pluralidad en una sociedad democrática[69].

Cuando los mercados son abiertos y competitivos, pasan a formar parte del tejido democrático, garantizando que ninguna empresa tenga una influencia desproporcionada en

[64] Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2023, *UL y SA Royal Antwerp Football Club / Union royale belge des sociétés de football association ASBL*, C-680/21, EU:C:2023:1010, apartado 107

[65] Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de octubre de 2024, *Fédération internationale de football association (FIFA) /BZ*, C-650/22, EU:C:2024:824, apartados 74, 134 y 148.

[66] Véanse las conclusiones del Abogado General Emiliou de 15 de mayo de 2025 en Tondela, C-133/24, EU:C:2025:364.

[67] Fox, E. M. «Antitrust and Democracy: How Markets Protect Democracy, Democracy Protects Markets, and Illiberal Politics Threatens to Hijack Both», *Legal Issues of Economic Integration, 2019*, vol. 46, n.º 4, pp. 317-328 (https://doi.org/10.54648/leie2019020). Véase también Meador, M. R., «Antitrust Policy for the Conservative», US Federal Trade Commission, 1 de mayo de 2025, https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/antitrust-policy-for-the-conservative-meador.pdf.

[68] Ezrachi, A. y Robertson, V. H. S. E., 2024, «Can competition law save democracy? Reflections on democracy's tech-driven decline and how to stop it», *Journal of Antitrust Enforcement*, vol. 13, n.º 2, pp. 315-327 (https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnae043).

[69] Sentencia del Tribunal General de 14 de septiembre de 2022, *Google y Alphabet / Comisión*, T-604/18, EU:T:2022:541, apartado 1028 (recurrida en casación).

nuestras decisiones, nuestra información o nuestros futuros. No creo pues que la política de competencia se limite a la eficiencia económica. Es una de las herramientas pertinentes con las que podemos contar para apoyar los esfuerzos en salvaguardar la democracia. Su adopción a finales de los siglos XIX y principios de los siglos XX respondió a preocupaciones relativas al poder excesivo y a la influencia de las empresas y los monopolios. Estas preocupaciones deben estar igualmente presentes hoy en día.

6. Conclusión

El Derecho de la competencia de la UE hace frente a nuevos desafíos más allá de los ámbitos tradicionalmente cubiertos. Se espera, además, mucho del Derecho de la competencia, incluso como defensor de la democracia.

El Derecho y la política de competencia de la UE no son estáticos, sino que evolucionan constantemente, a menudo estimulados por la evolución de la sociedad en general. El buen funcionamiento de los mercados nos obliga a preservar la innovación, abordar las realidades dinámicas, promover unas condiciones de competencia equitativas y eficientes, y apoyar otros objetivos políticos de nuestra sociedad que forman parte de nuestro panorama económico y social. Estos definen lo que significa la competencia en la actualidad y definen el tipo de Europa que seguimos construyendo.

Pero es importante comprender lo que la política de competencia puede y no puede hacer. La política de competencia puede impedir que las empresas se coordinen de manera que perjudiquen a los trabajadores, pero no puede regular las condiciones de trabajo. Puede tomar medidas contra los cárteles que inflan los beneficios de los bancos, pero no puede regular los mercados financieros. Y, sobre todo, en la UE, la política de competencia puede garantizar que los mercados sean competitivos y justos, pero no puede crear un mercado único. Pero puede ayudar a este último objetivo si combinamos el trabajo de aplicar eficazmente el Derecho de la competencia con el de profundizar el mercado único y eliminar las barreras nacionales.

En última instancia, esto es lo que permitiría a las empresas y los mercados de la UE alcanzar su escala. Esta es la razón por la que es tan importante recordar que muchos mercados estratégicos (banca, mercados de capitales, energía, telecomunicaciones) siguen estando fragmentados en función de las fronteras nacionales. Un mercado único fuerte e integrado es la mayor fuente de resiliencia, prosperidad, innovación e influencia mundial de Europa. Es lo que permite a nuestras empresas crecer, a nuestros trabajadores prosperar y a nuestros ciudadanos disfrutar de opciones y oportunidades reales. Es lo que hace de nuestra Unión no solo un mercado común, sino también un proyecto común.

Bibliografía

ARESU, A., ERHARTER, D. Y RENNER-LOQUENZ, B. «Antitrust in Labour Markets», *Competition policy brief*, Comisión Europea, número 2, 2024.

BADEA ET AL., "Competition Policy in Support of Europe's Green Ambition", *Competition policy brief, Comisión Europea, número 1, 2021.*

BATRA, M., DE BIJL, P., Y KLEIN, T, «Ecosystem theories of harm in EU merger control: Analysis competitive restrictions and entrenchment», *Journal of European Competition Law & Practice, vol.* 15, n.º 6, 2024, p. 357 (https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae061); Heidhues, P., Köster, M. y Kőszegi, B., «A Theory of Digital Ecosystems», CESifo Working Paper, n.º 11332, 2024.

COMISIÓN EUROPEA: DIRECCIÓN GENERAL DE COMPETENCIA, de Montjoye, Y.-A., Schweitzer, H. y Crémer, J., *Competition policy for the digital era [«Política de competencia para la era digital»*, documento en inglés], Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019

EISENMANN, T., PARKER, G. Y VAN ALSTYNE, M., «Platform Envelopment», *Strategic Management Journal,* vol. 32, n.o 12, 2011, p. 1270 (https://doi.org/10.1002/smj.935);

EZRACHI, A. Y ROBERTSON, V. H. S. E., «Can competition law save democracy? Reflections on democracy's tech-driven decline and how to stop it», *Journal of Antitrust Enforcement*, 2024 vol. 13, n.º 2, pp. 315-327 (https://doi.org/10.1093/jaenfo/jnae043).

FOX, E. M. «Antitrust and Democracy: How Markets Protect Democracy, Democracy Protects Markets, and Illiberal Politics Threatens to Hijack Both», *Legal Issues of Economic Integration*, 2019, vol. 46, n.º 4, pp. 317-328 (https://doi.org/10.54648/leie2019020).

OCDE (2021) «Competition Economics of Digital Ecosystems», *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, n.º 255, p. 2.

OCDE (2022), «The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy», *OECD Roundtables on Competition Policy Papers,* n.º 278, https://doi.org/10.1787/2cfcb4a8-en, pp. 18-19.

OCDE (2022), «The Evolving Concept of Market Power in the Digital Economy», *OECD Roundtables on Competition Policy Papers, n.º* 278, pp. 12-13 y 16-17.

OCDE (2023), «Theories of Harm for Digital Mergers», DAF/COMP (2023) 6, p. 8.

OCDE, «The intersection between competition and data privacy», *OECD Roundtables on Competition Policy Papers*, n.º 310, OECD Publishing, 2024, p. 4

La evolución de las políticas de competencia en América Latina y el Caribe

Autor:

Juan David Gutiérrez, Profesor Asociado de la Universidad de los Andes.

Resumen:

Este artículo analiza la evolución de las políticas y legislaciones de competencia en América Latina y el Caribe, recorriendo sus múltiples facetas, identificando patrones históricos comunes y reconociendo sus divergencias. El texto examina los principales rasgos de las 28 jurisdicciones que cuentan con políticas y legislaciones de competencia, así como los retos comunes y emergentes de las 33 autoridades de competencia encargadas de su implementación.

Palabras clave:

América Latina, política de competencia, transformación digital, sostenibilidad, medición de desempeño.

Códigos JEL:

K21, L44.

1. Introducción

América Latina y el Caribe (ALC) cuenta con 33 autoridades de competencia ubicadas en 28 jurisdicciones (25 nacionales y 3 supranacionales). Como ocurre con muchas otras características de la región, un vistazo a las políticas y legislaciones de libre competencia revela un panorama heterogéneo.

Además, recorrer su historia implica remontarse en el tiempo más de cien años, con la expedición de la Ley N° 11.210 *sobre la represión de los trusts* de 1923 en Argentina (Greco y Viecens 2021). Desde entonces, otros 25 países y tres jurisdicciones supranacionales han adoptado marcos normativos de libre competencia[1].

En consecuencia, como he explicado en detalle en otros escritos académicos, "no existe un sistema monolítico de protección de la competencia en la región" y, por ello, es prudente referirse a las leyes y políticas de la región en plural (Gutiérrez 2021, p. 125). Además, a pesar de que existen muchos puntos en común, el cuadro heterogéneo que se observa en ALC exige tener cuidado al hacer generalizaciones sobre la evolución y el estado de sus políticas y legislaciones de competencia.

Este artículo busca acercar al lector a la evolución de las políticas y legislaciones de competencia en ALC, mapeando sus diversas conformaciones, recorriendo sus múltiples trayectorias de implementación, identificando patrones comunes y reconociendo las divergencias que se han presentado a lo largo de su historia.

Antes de entrar en materia, vale la pena advertir que en este artículo acogeremos una definición amplia del concepto "política pública" (Gutiérrez 2022), por tanto, entenderemos la "política de competencia" como el conjunto de acciones estatales deliberadamente dirigidas a proteger y promover la libre competencia en los mercados.

Hay dos implicaciones importantes de acoger esta amplia definición de política pública. Primero, no entenderemos la "política de competencia" exclusivamente como los "documentos de política pública" en los que una entidad pública establece, de forma expresa y formal, objetivos, planes y acciones para promover la libre competencia. En la práctica, hay muy pocos países del mundo que cuentan con documentos de política de competencia. En segundo lugar, consideraremos las leyes de competencia y su implementación como instrumentos de política pública, es decir, los mecanismos mediante los cuales se materializan los objetivos y las acciones de promoción y protección de la libre competencia.

Adicionalmente, es pertinente advertir que las autoridades de competencia no se limitan a implementar políticas de competencia. Como lo ilustra el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC) de Colombia, las agencias de competencia también participan e inciden en otras etapas del ciclo de las políticas públicas: agendamiento, formulación y evaluación (Gutiérrez, Muñoz-Cadena y Corcione 2024).

[1] Los 25 países de ALC que cuentan con leyes y autoridades de competencia son: Argentina, Aruba, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Curazao, República Dominicana, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Guyana, Honduras, Jamaica, Las Bahamas, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Uruguay, Trinidad y Tobago, y Venezuela.

El resto del artículo se divide en cinco secciones, además de esta introducción. La segunda sección presenta la trayectoria de las leyes y autoridades de competencia de la región. La tercera explica retos "tradicionales" que comparten la mayoría de las jurisdicciones, y la siguiente sección discute nuevos retos que algunas jurisdicciones han comenzado a abordar y que podrían propagarse al resto de la región en el futuro. La última sección resume las principales conclusiones del estudio.

2. Trayectoria de las leyes y autoridades de competencia de la región

La heterogeneidad de las políticas y legislaciones de competencia en ALC se expresa, en primer lugar, en las trayectorias históricas de adopción formal de las normas nacionales y supranacionales de libre competencia[2]. Mientras Argentina y México expidieron sus primeras leyes en 1923 y 1926, respectivamente, la mayoría de las jurisdicciones las promulgó entre la última década del siglo XX y la primera del XXI (Figura 1)[3] .

Peña (2021) propone segmentar la historia de la evolución de las políticas de competencia en ALC a partir de un hito clave: el conjunto de recomendaciones conocido como el "Consenso de Washington" implementadas durante la década de los noventa en la región. Más concretamente, Peña (2021) propone tres etapas históricas: antes, durante y después del "Consenso de Washington".

A pesar de que este conjunto de recomendaciones tuvo una incidencia significativa en la adopción de nuevas leyes y en la reforma de las existentes en ALC, en este texto, identificamos cuatro olas distintas en la historia de las leyes de competencia en ALC que no están enmarcadas exclusivamente en el hito del "Consenso de Washington".

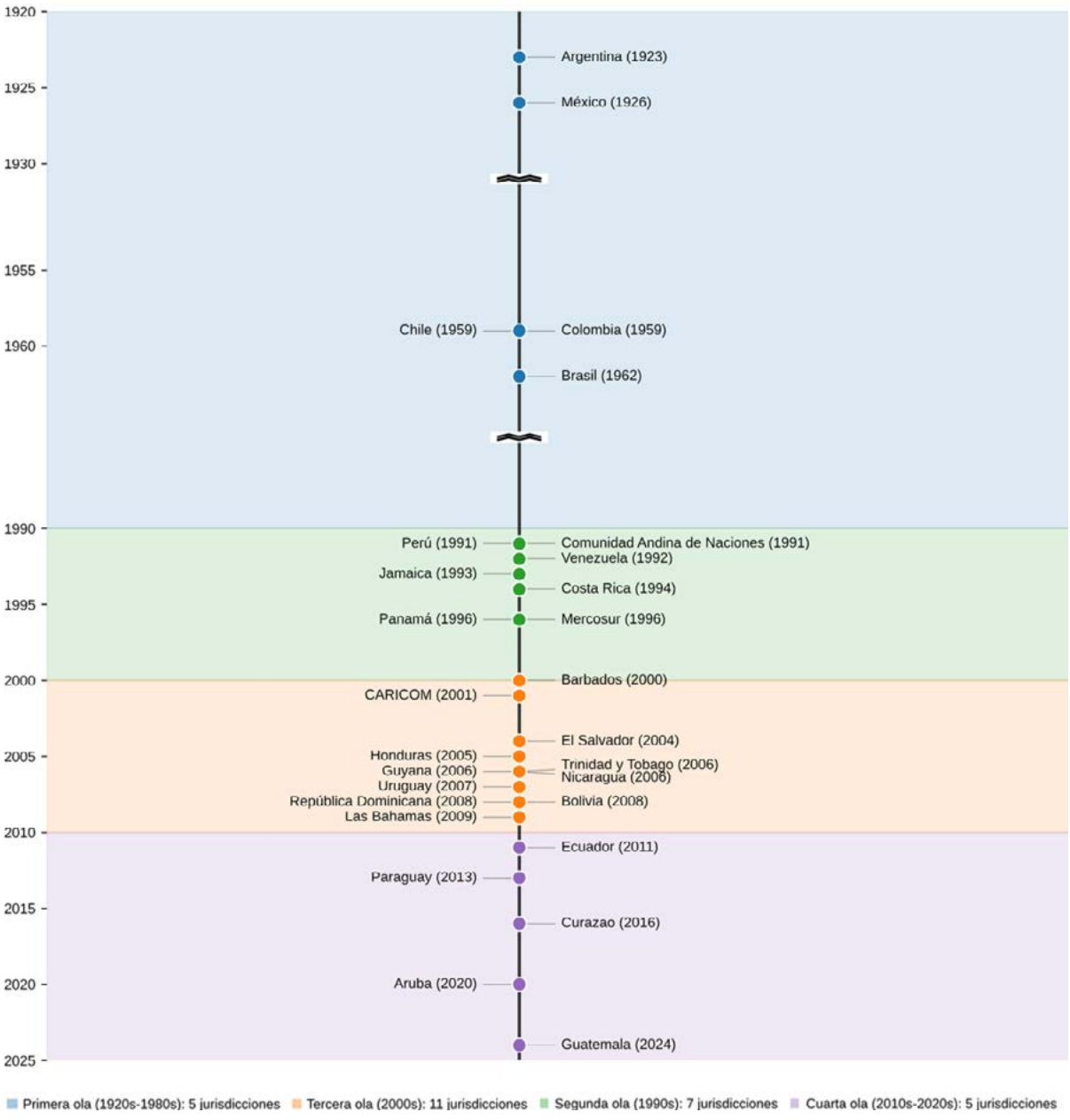
La primera ola, denominada "desarrollista" (1920s-1980s), surgió tras cambios constitucionales que abrieron el camino al Estado regulador. Los primeros regímenes de competencia se vincularon con preocupaciones de desarrollo económico y social y contuvieron disposiciones que condenaban prácticas anticompetitivas según su efecto sobre sectores económicos específicos.

En el caso de Colombia, por ejemplo, el derecho de competencia surgió a mediados del siglo XX como resultado de la confluencia entre las nuevas facultades constitucionales de intervención estatal en la economía y las teorías económicas desarrollistas predominantes en ALC. Según Palacios y Gutiérrez, "este campo del derecho se perfiló como una síntesis tanto de ideas jurídicas, y especialmente constitucionales, sobre [la] intervención del Estado en la economía, como de teorías económicas desarrollistas" (2015, p. 137). La reforma constitucional de 1936, inspirada en las ideas de León Duguit sobre la función social de la propiedad, sentó las bases para que el Estado pudiera intervenir en las actividades económicas con el fin de "racionalizar la producción, distribución y consumo de las riquezas" (Palacios y Gutiérrez 2015, p. 147).

[2] En la región el título de las normas utiliza diferentes expresiones para aludir al principal bien jurídico tutelado: protección de la competencia, defensa de la competencia, comercio justo, etc.

[3] Para una explicación más detallada de la historia de las legislaciones de competencia de ALC véase Miranda y Gutiérrez (2006; 2007), Gutiérrez (2007; 2021) y Palacios y Gutiérrez (2022).

Figura 1.
Línea de tiempo de aprobación de la primera ley de competencia en 28 jurisdicciones de ALC



Fuente: Elaborada con Claude (Opus 5.4) a partir de Gutiérrez (2021; 2023a; 2024)

Como lo ilustra la Figura 1, las economías más grandes de la región fueron las primeras en adoptar legislaciones de competencia: Brasil, México, Argentina, Colombia y Chile. Estas normativas pioneras otorgaban considerable discrecionalidad a los organismos de aplicación mediante prohibiciones amplias y generosas exenciones. Los órganos de aplicación tenían escasa autonomía política y presupuestaria y, en general, estaban adscritos a ministerios (Palacios y Gutiérrez 2022).

La segunda ola, calificada como "neoliberal" (1990s), emergió tras la crisis fiscal de los años ochenta y la revaluación consecuente de las políticas de desarrollo. Seis nuevas jurisdicciones aprobaron sus primeras normas de competencia. Como muestra la Figura 1, la adopción de estas nuevas normas tuvo lugar en un segundo nivel de tamaño de las economías, incluyendo las jurisdicciones de Venezuela, Perú, Panamá, Costa Rica, Jamaica, la Comunidad Andina de Naciones (CAN) y el Mercado Común del Sur (Mercosur).

Además, las cinco jurisdicciones que contaban con normas pioneras de la anterior ola renovaron sus marcos normativos mediante reformas influidas por las perspectivas del análisis económico del derecho provenientes de Estados Unidos y de la Unión Europea, enfocadas en la eficiencia y el bienestar del consumidor en lugar de consideraciones desarrollistas. Estas legislaciones establecieron prohibiciones específicas contra acuerdos anticompetitivos, conductas unilaterales y, en algunos casos, regímenes de control de concentraciones. Además, las autoridades encargadas de la aplicación de las leyes fueron reformadas para fomentar cierta independencia política y capacidad técnica (Gutiérrez 2021; Palacios y Gutiérrez 2022).

La tercera ola, caracterizada como "institucionalista" (2000s), se enfoca en fortalecer las bases institucionales para la aplicación de la normativa de competencia. Los procesos de integración económica andina, centroamericana y caribeña impulsaron la expedición de nuevas normas de competencia (Gutiérrez 2021). Como ilustra la Figura 1, en esta etapa once jurisdicciones expidieron sus primeras leyes de competencia: El Salvador, Honduras, Nicaragua, Guyana, Uruguay, República Dominicana, Bolivia, Ecuador, Paraguay, las Bahamas y la Comunidad del Caribe (CARICOM).

En esta ola también se llevaron a cabo reformas en las leyes preexistentes y cambios en los arreglos institucionales de las autoridades de competencia. En este período, las reformas otorgaron mayores recursos a los organismos de aplicación, modificaron su estructura para garantizar mayor independencia, separaron funciones de investigación y de decisión, adoptaron sanciones más severas, facultades investigativas más intrusivas y programas de clemencia para combatir cárteles. Además, organizaciones como la Unión Europea, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Red Internacional de Competencia (ICN, por sus siglas en inglés) y la American Bar Association (ABA) desempeñaron un papel fundamental en el diseño y la recomendación de reformas específicas, así como en el fortalecimiento de las capacidades de implementación de las autoridades (Gutiérrez 2021; Palacios y Gutiérrez 2022).

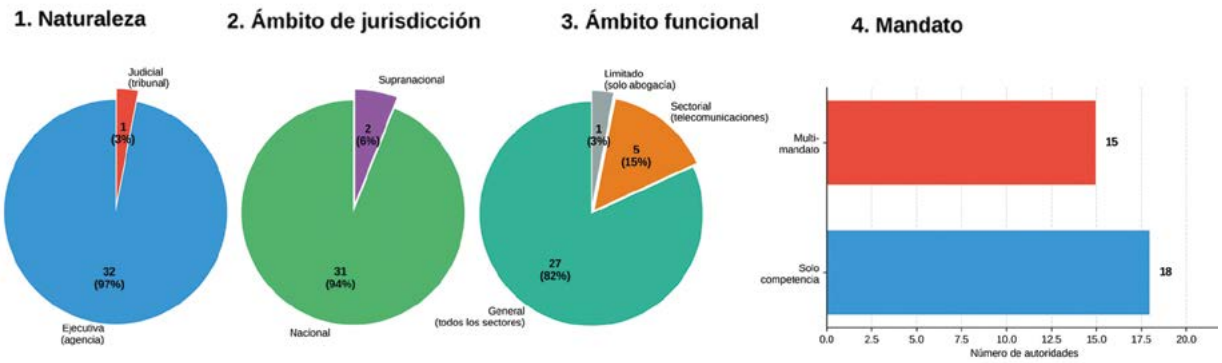
En la ola más reciente (2010s – actualidad), cinco nuevas jurisdicciones adoptaron por primera vez legislaciones de competencia: Ecuador, Paraguay, Curazao, Aruba y Guatemala (Figura 1). Además de ser economías relativamente pequeñas, en los casos de Guatemala y Paraguay hubo reticencia de sectores poderosos del empresariado que se opusieron durante años o décadas a la adopción de normas de libre competencia (Gutiérrez 2018; 2021; Palacios y Gutiérrez 2022).

En la cuarta ola, los regímenes de competencia existentes han enfrentado nuevos retos, como la crisis global asociada al COVID-19, el ascenso de nuevas dinámicas de mercado impulsadas por la transformación digital y el cuestionamiento de la autonomía de las autori-

dades de competencia en países como México, Argentina y Colombia (Gutiérrez 2020; 2021; Gutiérrez y Abarca 2024; Podszun y Gutiérrez 2024). Algunos de estos retos se abordarán en la siguiente sección de este artículo.

Actualmente, en ALC existe una amplia variedad de diseños institucionales para la implementación de las políticas y leyes de competencia[4]. La Figura 2 resume cuatro tipologías de autoridades de competencia según su ubicación en la estructura del poder público (rama ejecutiva o judicial); su ámbito de aplicación geográfico (supranacional o nacional); su ámbito de aplicación funcional y sectorial (autoridades con competencia en todos los mercados, autoridades con competencia sectorial); y el alcance del mandato de la organización (circunscrito exclusivamente a temas de competencia o multi-mandato, es decir, con competencia para abordar otros temas como protección al consumidor, propiedad industrial, protección de datos personales, regulación sectorial, entre otros)[5].

Figura 2.
Tipologías de autoridades de competencia en ALC



Fuente: Elaborada con Claude (Opus 5.4) a partir de Gutiérrez (2021; 2023b)

Respecto de la primera tipología (naturaleza), aunque la mayoría de las autoridades pertenecen a la rama ejecutiva[6], Chile cuenta con un Tribunal de Defensa de la Libre Competencia adscrito a la función jurisdiccional, mientras que Ecuador cuenta con una autoridad que

[4] Véase el listado detallado de cada autoridad en el Anexo 1 – Tipologías de autoridades de competencia de ALC. Además, para una descripción de las divergencias institucionales en los regímenes de competencia de ALC véase Gutiérrez (2021).

[5] A diferencia de lo que ocurre en otras jurisdicciones del mundo, como España, en ALC no es común que existan autoridades del nivel subnacional. En países como Ecuador y Perú, existen al interior de las autoridades delegaciones regionales con funciones muy específicas, principalmente para descentralizar algunos trámites, pero el poder de decisión sustancial se concentra en la organización del nivel nacional.

[6] La mayoría de los sistemas siguen un modelo administrativo en el que una agencia de la rama ejecutiva investiga y decide los casos. Esta separación de funciones puede ofrecer mayores garantías de debido proceso, pero también plantea desafíos de coordinación.

forma parte de la función de Transparencia y Control Social. En Chile, la Fiscalía Nacional Económica (FNE) puede investigar y presentar causas ante dicho tribunal, pero no tiene el monopolio de la acción judicial; los particulares también pueden presentar directamente sus pretensiones ante el tribunal (Gumucio y Frene 2016; Gutiérrez 2023b).

En relación con la segunda tipología (ámbito de jurisdicción), además de las 31 autoridades de competencia a nivel nacional, en ALC hay dos autoridades de nivel supranacional: la Secretaría General de la CAN y la Comisión de Competencia de la CARICOM. Estas autoridades de competencia supranacional tienen competencia sobre todos los sectores económicos, pero solo pueden intervenir en relación con conductas o transacciones con una dimensión regional. En el caso de Mercosur, todavía no cuenta con una autoridad de competencia que aplique el Pacto de Fortaleza de 1996 (OECD 2013). Adicionalmente, en 2012 se suscribió el acuerdo de constitución de la Red Centroamericana de Autoridades Nacionales Encargadas del Tema de Competencia (RECAC) por representantes de Nicaragua, Costa Rica, El Salvador, Panamá y Honduras, y posteriormente se vincularon República Dominicana y Guatemala[7].

En las 25 jurisdicciones nacionales con normativa de competencia vigente, existen 31 autoridades de competencia, lo que implica que en algunos países hay más de una autoridad encargada de aplicar dicha normativa. Esto se refleja en la tercera tipología (ámbito funcional): hay 26 autoridades nacionales con competencia sobre todos los mercados, cuatro países que, además, cuentan con autoridades especializadas en el sector de telecomunicaciones (México, República Dominicana, Perú y Costa Rica) y un país que no cuenta con una autoridad de competencia que vele por todos los mercados, sino solo por el de telecomunicaciones (Las Bahamas).

Por último, respecto de la cuarta tipología (mandato), poco más de la mitad (18) de las autoridades de ALC tienen exclusivamente la función de implementar las legislaciones de competencia, mientras que el remanente (15) también debe implementar otras normativas tales como normas de derechos de propiedad industrial (por ejemplo, Colombia y Perú), protección al consumidor (por ejemplo, Colombia, Guyana, Panamá, Perú y casi todas las autoridades del Caribe), competencia desleal (por ejemplo, Chile, Colombia y Perú), protección de datos personales (por ejemplo, Colombia), control de precios (por ejemplo, Colombia), y regulación sectorial (todas las autoridades especializadas en telecomunicaciones).

3. Retos tradicionales de las autoridades de competencia

En esta sección abordamos dos retos que tradicionalmente han enfrentado las autoridades de competencia de ALC y que seguramente también enfrentarán en el futuro cercano: 1) la preservación de la autonomía de la autoridad respecto de la rama ejecutiva del poder público y 2) la construcción y el mantenimiento de capacidades para implementar las políticas y legislaciones de competencia.

El primer conjunto de desafíos se relaciona con la economía política de la legislación y su implementación. La oposición a la promulgación y aplicación de leyes de competencia ha

[7] Más información sobre la RECAC está disponible en su página web: https://acodeco.gob.pa/recac/recac.php

provenido de múltiples fuentes: grandes asociaciones empresariales, sectores que se benefician de regulaciones específicas y empresas consideradas campeonas nacionales. Esta oposición ha consistido en cabildeo activo en los congresos para impedir la aprobación de las leyes, limitar su ámbito de aplicación mediante excepciones sectoriales y restringir las facultades investigativas o sancionatorias de las autoridades (Gutiérrez 2013; 2018; 2021; 2023b).

El caso de Guatemala ilustra esta dinámica respecto de la oposición política a la existencia de una legislación de competencia. Hace una década, comenzaron a discutir diferentes versiones de proyectos de ley de competencia en el Congreso de la República de Guatemala, algunos de ellos auspiciados por organizaciones internacionales, como el BID (Cobar 2016; García Mancilla 2019). Esto ocurría en un contexto en el que su Constitución vigente de 1985 contemplaba el desarrollo de leyes que prohíban las prácticas monopolísticas, y el Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Centroamérica, que entró en vigor para Guatemala en 2013, incorporaba el compromiso de aprobar la legislación nacional en materia de competencia. Sin embargo, durante esos dos lustros de discusión hubo una férrea oposición por parte de sectores políticos y económicos, lo que contribuye a explicar por qué la primera ley de competencia en Guatemala no fue aprobada hasta 2024 (Palma 2018; Gutiérrez 2024).

En relación con los sistemas de competencia ya en funcionamiento, el riesgo de interferencia gubernamental representa una amenaza particularmente grave para la independencia de las agencias de competencia. Podszun y Gutiérrez (2024) advierten que "en algunos países latinoamericanos, el funcionamiento e incluso la existencia de las agencias de competencia están en peligro debido a las intervenciones de los gobiernos nacionales".

Por ejemplo, en México, el entonces presidente López Obrador promovió una reforma constitucional para eliminar la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) y el Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT), calificándolos de organismos onerosos que no sirven para nada. A finales de 2024, el Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos aprobó la reforma constitucional que eliminó la COFECE y el IFT y reasignó sus funciones a las dependencias del poder ejecutivo.

Según Alejandra Palacios (2025), expresidenta de la COFECE, una de las implicaciones de esta reforma institucional podría ser "la aplicación diferenciada de la política de competencia entre empresas públicas y privadas, así como entre sectores económicos, privilegiando las actividades desarrolladas por el Estado a través de sus empresas públicas". La visión de Palacios no es la de una total separación entre competencia y poder político, sino la de reconocer que existen requisitos mínimos para que una autoridad de competencia pueda "operar adecuadamente" tales como "acceso a recursos financieros (presupuesto) estables y suficientes, capacidad de contar con talento humano calificado y una ley que le permita actuar con independencia e imponer multas disuasivas" (Palacios 2022, p. 3).

Por otra parte, el caso de Venezuela ejemplifica el extremo más preocupante de esta problemática. Durante los años noventa, la Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia (Procompetencia) fue un modelo ejemplar para sus pares regionales. Sin embargo, bajo el régimen Chavista la agencia fue perdiendo notoriedad y el gobierno privilegió otros instrumentos de intervención económica, como la regulación de precios y la na-

cionalización de empresas. En 2014, una nueva ley creó la Superintendencia Antimonopolio, que reemplazó a Procompetencia, pero durante casi una década la autoridad parece haber cesado de operar en la práctica (Gutiérrez 2021). Solo hasta 2024, la página web de la Superintendencia Antimonopolio volvió a estar en línea, publicando notas sobre sus actividades, pero aún no ha retomado tareas sustanciales, como concluir investigaciones sobre prácticas anticompetitivas.

Un segundo grupo de desafíos concierne a las capacidades institucionales de las agencias. Como he señalado en escritos académicos anteriores, las autoridades de competencia de la región tienen presupuestos reducidos en comparación con los países de la OCDE y, en algunos casos, carecen de o son débiles en la implementación de herramientas investigativas clave, como facultades para realizar inspecciones sorpresa y el ejercicio de actividades forenses digitales (Gutiérrez 2023b).

La distribución de la experiencia y de la capacidad para aplicar la legislación de competencia es altamente desigual. La mayoría de las autoridades tienen menos de dos décadas de experiencia continua en la aplicación de las normas.

Por otra parte, más allá de los años transcurridos desde la vigencia de la primera ley de competencia, la desigual capacidad de implementar las políticas de competencia en ALC también está asociada a los avances o retrocesos institucionales de las autoridades de competencia. El Índice de Transformación de la Bertelsmann Stiftung (BTI) ofrece una mirada de casi dos décadas sobre esta trayectoria institucional, pues incluye una evaluación que responde a la pregunta: "¿En qué medida existen salvaguardias para proteger la competencia y en qué medida se aplican?" (Bertelsmann Stiftung 2024)[8].

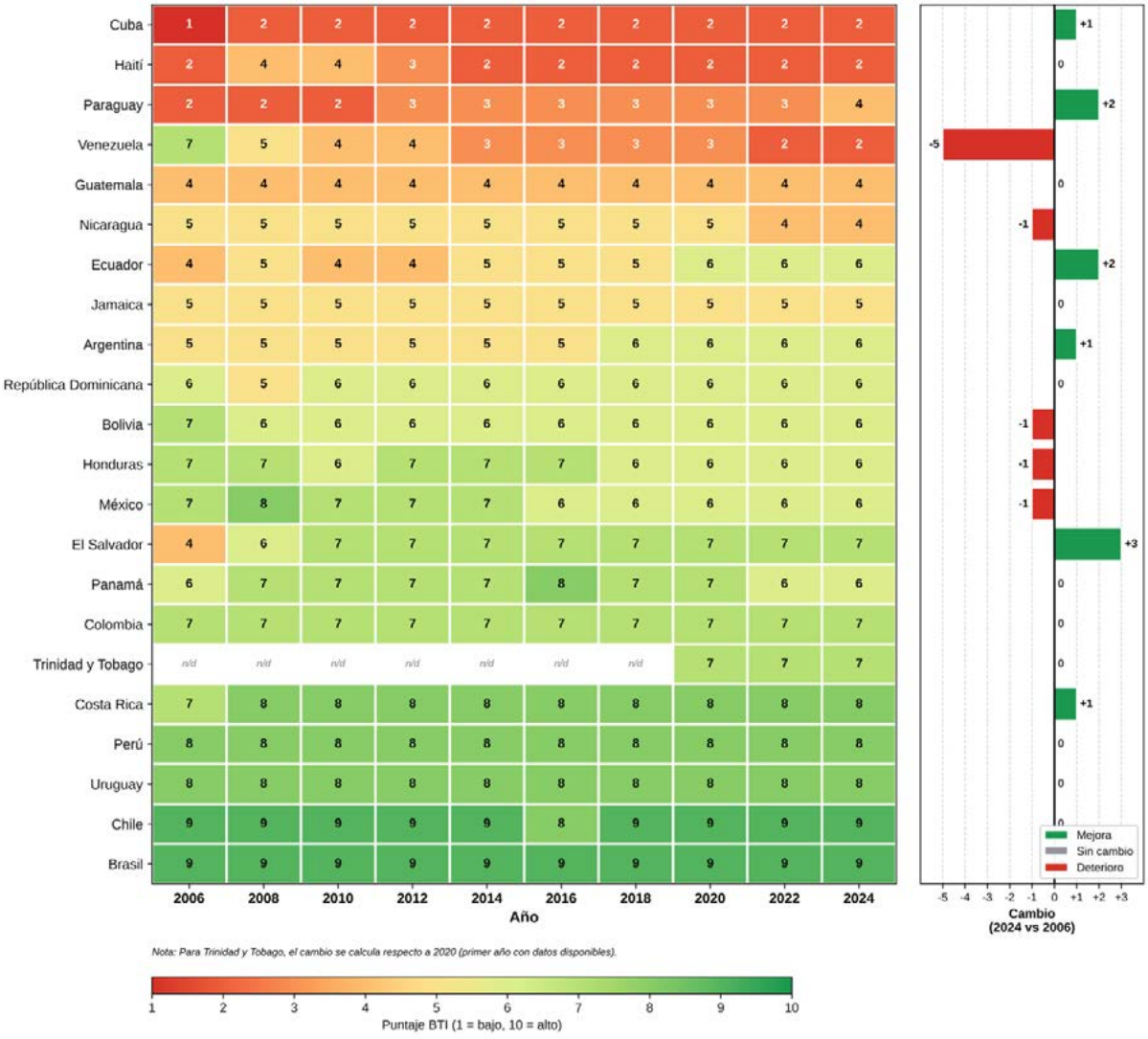
El BTI evalúa cada jurisdicción a partir de la siguiente escala:

- 10 puntos: "Existen leyes de competencia exhaustivas para prevenir las estructuras y conductas monopolísticas, y se aplican de manera estricta."
- 7 puntos: "Existen leyes de competencia para prevenir estructuras y conductas monopolísticas, pero se aplican de manera inconsistente."
- 4 puntos: "Existe cierta regulación para prevenir las estructuras y conductas monopolísticas, pero rara vez se aplica."
- 1 punto: "No se toman medidas legales ni políticas para prevenir las estructuras y conductas monopolísticas."

[8] Los elementos que evalúa el BTI incluyen: "Existencia de una ley antimonopolio con normas claras sobre la lucha contra los cárteles y la colusión, el abuso de poder de mercado y la regulación del control de fusiones; existencia de una autoridad de competencia independiente y pertenencia a la Red Internacional de Competencia (ICN); aplicación de la ley antimonopolio, incluida la transparencia y la seguridad jurídica de las decisiones mediante procedimientos judiciales garantizados, sin discriminación entre empresas nacionales y extranjeras; papel coherente del Estado, como una menor importancia de las subvenciones estatales, las desgravaciones fiscales y las exenciones específicas para determinados sectores o empresas con fines clientelistas" (Bertelsmann Stiftung 2024, p. 28).

La Figura 3 ilustra las mediciones de la variable "política de competencia" en 22 países de ALC durante el periodo 2006 – 2024. Los resultados confirman tres puntos señalados anteriormente. Primero, la gran heterogeneidad en las capacidades para implementar las políticas de competencia en ALC. Segundo, las jurisdicciones con más años de experiencia en la implementación de las normas tienden a tener una calificación más alta (como Brasil, Chile, Perú y Costa Rica), pero algunas con menos de dos décadas de experiencia han logrado calificaciones altas en un tiempo relativamente corto (Uruguay y Trinidad y Tobago). Tercero, la capacidad de implementación no puede darse por sentada; diferentes factores pueden contribuir al avance de la autoridad (caso de El Salvador) o al destino contrario (caso de Venezuela).

Figura 3.
Índice de Transformación (BTI) – Criterio de Política de Competencia (2006-2024) para 22 Países de ALC

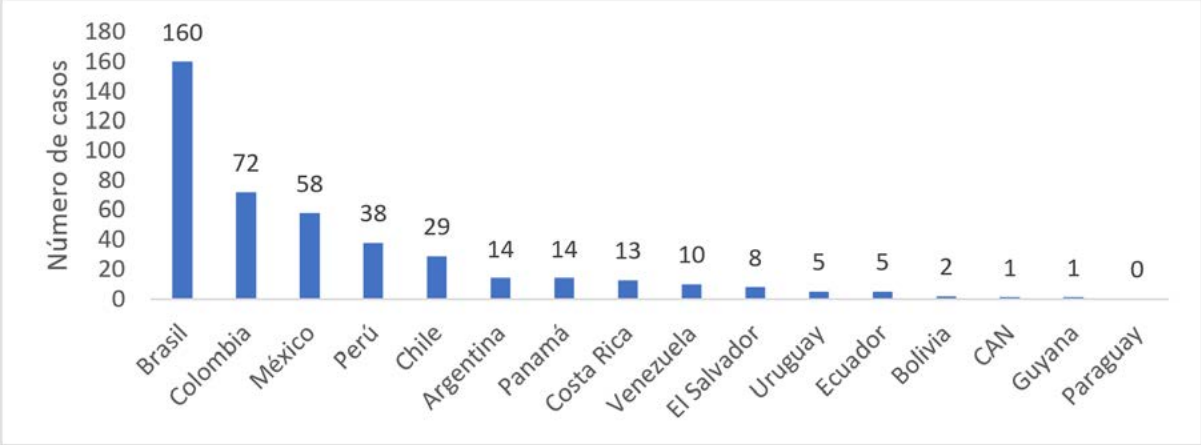


Fuente: Elaboración con Claude (Opus 5.4) a partir de Bertelsmann Stiftung (2024)

Los resultados de las investigaciones por violaciones a la legislación de competencia también reflejan la asimetría en su implementación. Como lo ilustra la Figura 4, solo cinco jurisdicciones (Brasil, Colombia, México, Perú y Chile) concentran el 83% de todas las sanciones impuestas a los cárteles empresariales durante el período 2000-2020.

Figura 4.

Número de cárteles sancionados en 16 jurisdicciones de ALC, 2000-2020



Fuente: Elaboración propia a partir de Gutiérrez (2023b)

La evidencia empírica reciente sobre la efectividad de las acciones de las autoridades de competencia de la región ofrece resultados alentadores, pero también revela limitaciones. Peláez y Gutiérrez (2025) encontraron que las acciones de la SIC contra los cárteles en el sector manufacturero de Colombia durante el período 2012-2020 generaron un incremento gradual y positivo en el nivel de competencia en los mercados en los que se impusieron sanciones. Sin embargo, los autores advierten que "la restauración lenta y constante de la competencia de mercado a lo largo de los años puede también indicar la persistencia de acuerdos implícitos entre carteles, lo cual podría tener efectos residuales en la competencia a largo plazo" (Peláez y Gutiérrez 2025, p. 6). Esto sugiere que las sanciones, aunque efectivas, tienen un impacto gradual y parcial en la restauración de las condiciones competitivas.

La aplicación de la normativa por parte de actores privados (*private enforcement*) constituye otro desafío pendiente para la región. A pesar de que la mayoría de las jurisdicciones contemplan teóricamente la posibilidad de reclamar indemnización por perjuicios derivados de conductas anticompetitivas, en la práctica este mecanismo es poco utilizado en la región (Miranda Londoño 2013; Trevisán 2013; Budnik 2019; Peña 2023). Solo en pocas jurisdicciones, como Chile, se han dado casos significativos de compensación o indemnización a las víctimas. Sin embargo, como ilustra el caso de las farmacias en Chile, donde el acuerdo de compensación a los consumidores solo se alcanzó más de una década después de la detección del cartel, los obstáculos procesales y probatorios dificultan significativamente el acceso a la justicia para las víctimas de prácticas anticompetitivas (Gutiérrez 2023b).

A pesar de los desafíos antes explicados, se observan tendencias de convergencia positivas desde la década de 2000. Múltiples jurisdicciones han adoptado programas de clemencia, incrementado las multas, fortalecido las facultades investigativas, establecido regímenes de control de concentraciones y, en algunos casos, criminalizado los cárteles (Gutiérrez 2023b; Miranda 2022). Además, Brasil y Colombia lideran en innovación con proyectos como el uso de herramientas de inteligencia artificial y de *big data* para la detección de colusión en licitaciones públicas y en determinados sectores económicos, y para facilitar la realización de actividades de abogacía de la competencia (Gutiérrez 2023b; Marván Saltiel 2025; Muñoz-Cadena et al. 2025).

4. Nuevos retos de las autoridades de competencia

Las autoridades de la competencia de la región han comenzado a explorar asuntos emergentes que van más allá de los objetivos tradicionales del antimonopolio, tales como la sostenibilidad ambiental, la equidad de género y la privacidad (Gutiérrez y Calderón 2023). Además, las autoridades han encontrado nuevos retos de competencia e innovación en los mercados digitales emergentes (Greco y Viecens 2023; Gutiérrez y Abarca 2024; Marván Saltiel 2025; Pirchio 2025). En esta sección abordamos la evolución del abordaje de dos de estas temáticas en ALC: la sostenibilidad ambiental y la protección de los datos personales en los mercados digitales.

Sostenibilidad ambiental y desarrollo

Esta nueva línea de trabajo de las autoridades de competencia de la región resulta especialmente pertinente por dos motivos: 1) la protección del medio ambiente que algunos regímenes constitucionales latinoamericanos establecen (Gutiérrez y Solarte-Caicedo 2024) y 2) los grandes retos medioambientales de América Latina y el Caribe, en particular la importancia planetaria de sus ecosistemas, como el de la Amazonía (Gutiérrez y Solarte-Caicedo 2023).

Un análisis de los marcos constitucionales de Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador y Perú revela que estos países han establecido sistemas de protección ambiental abarcadores que coexisten con principios de economía de mercado y libre competencia. Las constituciones de estos Estados consagran derechos ambientales sustantivos y procedimentales, al tiempo que reconocen la libertad económica sujeta a límites de interés público. Ecuador y Bolivia destacan por haber constitucionalizado los derechos de la naturaleza, o *Pacha Mama*, estableciendo que la protección ambiental puede prevalecer sobre los derechos económicos individuales. Este marco normativo sugiere que "las actividades de mercado podrían estar constitucional, legal o judicialmente limitadas por la búsqueda de intereses públicos como la protección ambiental" (Gutiérrez y Solarte-Caicedo, 2024, p. 522).

En dicho contexto constitucional, las autoridades de competencia de la región han abordado cuestiones ambientales de manera incipiente. Hay situaciones en las que el derecho de competencia puede actuar como "espada" para avanzar en objetivos ambientales y otras en las que se requiere un "escudo" para proteger iniciativas de sostenibilidad de la aplicación del antimonopolio (Nowag 2020). Como ejemplo del primer escenario, la Superintendencia

de Industria y Comercio de Colombia sancionó en 2022 a 51 empresas y 19 personas por colusión en 259 procesos de contratación pública relacionados con el mantenimiento de cuencas hidrográficas, concluyendo que dichas prácticas "afectaron negativamente el suministro adecuado de agua, la regulación del flujo hídrico, el mantenimiento de la calidad del agua [...] así como la conservación de la biodiversidad" (Gutiérrez y Solarte-Caicedo, 2024, p. 524).

Sin embargo, el caso de la relación entre competencia e iniciativas contra la deforestación amazónica en Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador y Perú muestra el otro lado de la moneda. Estudios recientes de Gutiérrez y Solarte-Caicedo (2023, p. 112) identificaron un riesgo de que el derecho antimonopolio sea instrumentalizado contra acuerdos privados de "cero deforestación"[9]. En Brasil, la asociación Aprosoja, que representa a miles de productores de soja, amenazó públicamente en 2019 con presentar una denuncia (por presunta colusión) ante el CADE contra los exportadores que firmaron la moratoria de soja de 2006, el primer acuerdo voluntario de "cero deforestación" implementado en la Amazonía. Este caso ilustra las tensiones latentes entre la aplicación del derecho de competencia y las iniciativas ambientales privadas (Gutiérrez y Solarte-Caicedo 2023).

El caso de la Amazonía ilustra dos factores estructurales que limitan la efectividad del derecho de competencia como instrumento de política ambiental en la región. Primero, los mercados asociados a la deforestación —ganadería, agricultura, minería, madera— están dominados por actores informales, lo que reduce significativamente la capacidad disuasoria de las sanciones administrativas que podrían imponer las autoridades de competencia. Este es un reto que las autoridades de competencia de ALC deben enfrentar en muchos otros sectores económicos, debido al alto nivel de informalidad del sector privado de la región (OECD 2025).

Segundo, las legislaciones de competencia de la región carecen de "excepciones verdes" o cláusulas de eficiencia que permitan considerar los beneficios ambientales, a diferencia de desarrollos recientes en jurisdicciones europeas, como Austria. Además, las excepciones existentes en Colombia y Ecuador han sido escasamente utilizadas en la práctica (Gutiérrez y Solarte-Caicedo 2023, pp. 127-128).

Paralelamente, el análisis de la función de abogacía de la competencia en Argentina, Colombia y El Salvador revela cómo las agencias han evolucionado en su comprensión de las relaciones entre el derecho de la competencia, la regulación y el desarrollo. Un estudio de más de 300 informes de abogacía que consistían en evaluaciones de proyectos normativos publicados entre 2016 y 2020 encontró que el término "desarrollo" aparece con frecuencia, aunque predomina una concepción estrecha, asociada al crecimiento económico sectorial, la expansión de la infraestructura y el avance tecnológico. Colombia se distingue por incorporar ocasionalmente concepciones más amplias, incluyendo referencias explícitas al "desarrollo ambiental sostenible" y al "desarrollo sostenible" en el contexto de regulaciones sobre energías renovables y telecomunicaciones (Gutiérrez y Suárez 2023, p. 171).

[9] El acuerdo de "cero deforestación" de la soya que incluía la obligación de no comprar «soya cultivada en tierras deforestadas después de julio de 2006 en la Amazonía brasileña» (Gutiérrez y Solarte-Caicedo 2023, p. 129).

Las perspectivas al interior de las agencias revelan divergencias sobre la pertinencia de ampliar los criterios de análisis como los estudiados en esta sección. Mientras algunos funcionarios consideran que cuestiones como el empleo y la sostenibilidad "no pueden ser ignoradas por las agencias de competencia" en el contexto actual, esta visión sigue siendo minoritaria. La posición dominante sostiene que el desarrollo es pertinente para las evaluaciones de competencia únicamente cuando se vincula con el proceso competitivo y con objetivos como la eliminación de barreras de entrada o la corrección de fallas de mercado (Gutiérrez y Suárez, 2023, pp. 166, 172).

Datos personales y mercados digitales

En la última década, las autoridades de la región han empezado a abordar un mayor número de casos asociados a mercados digitales en relación con sus tres principales dimensiones: abogacía de la competencia, control de concentraciones e investigaciones por presuntas prácticas anticompetitivas. En dicho periodo, más de la mitad de las jurisdicciones de ALC decidieron casos o emitieron informes de abogacía relacionados con los mercados digitales (Gutiérrez y Abarca 2024; Abarca 2021; Gutiérrez y Abarca 2023b; 2023a)[10].

En la región, las aplicaciones de herramientas ex ante (funciones de abogacía y control de concentraciones) predominan sobre las intervenciones ex post (sanciones por prácticas anticompetitivas), y los mercados más frecuentemente analizados incluyen aplicaciones de transporte (*ride-hailing*), comercio electrónico y servicios de contenido audiovisual (OTT) (Gutiérrez y Abarca 2024). También ha habido un marcado interés de las autoridades en relación con los mercados Fintech (Greco y Viecens 2020; Marván Saltiel 2025).

Un aspecto particularmente relevante de los casos sobre mercados digitales en ALC es el análisis de la intersección entre la libre competencia y la protección de los datos personales. Los modelos de negocio de las empresas que operan en los mercados digitales "dependen de la recolección constante de grandes volúmenes de información detallada sobre usuarios, transacciones, precios, inventarios y otros datos pertinentes para ofrecer productos y servicios personalizados" (Gutiérrez y Abarca 2024, p. 172). Esta característica estructural genera situaciones de tensión y complementariedad entre las leyes de competencia y las de protección de datos.

Un primer caso emblemático que vale la pena documentar es la fusión Uber-Cornershop en Chile. Durante la investigación en profundidad, la FNE identificó potenciales riesgos de explotación asociados al uso de los datos de los usuarios. La autoridad chilena sostuvo que la agrupación de varios servicios en una sola plataforma podría aumentar la capacidad de la entidad fusionada para solicitar a sus usuarios una mayor cantidad de datos, lo que podría resultar en un deterioro de los términos y condiciones de acceso a los servicios (Gutiérrez y Abarca 2024, p. 172). Sin embargo, al aprobar la fusión, la FNE desestimó estos riesgos argumentando que los datos no constituían el insumo principal para la operación de aplicacio-

[10] Gutiérrez y Abarca (2024) documentaron, entre 2015 y 2022, 70 casos cerrados y 22 procesos en curso que abordan directamente mercados digitales en 13 países de la región.

nes en ese mercado específico, a diferencia de otros modelos de negocio basados en datos, como los motores de búsqueda o las redes sociales.[11]

El segundo caso destacado es la investigación iniciada por la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (CNDC) de Argentina contra WhatsApp, a raíz de la actualización de sus términos y condiciones sobre el uso de datos y su combinación con otras plataformas integradas como Facebook e Instagram. En un primer momento, la autoridad argentina propuso medidas cautelares que consisten en suspender la aplicación de los nuevos términos de servicio. La CNDC identificó como potenciales riesgos de explotación:

> "(i) la recolección irrazonable y excesiva de datos (requeridos u obtenidos) de usuarios de estas plataformas, (ii) la ausencia de opciones reales para que los usuarios de estas plataformas limiten el tratamiento de sus datos fuera de la plataforma en la que los datos fueron requeridos u obtenidos, y (iii) la subordinación del uso del servicio de mensajería de WhatsApp a la aceptación de la actualización de las condiciones del servicio y la política de privacidad de la empresa" (Gutiérrez y Abarca 2024, p. 173)

Esta medida cautelar fue confirmada por un tribunal de apelaciones en 2022, pero a mediados de 2025 la CNDC recomendó archivar la investigación al no encontrar que las conductas de las empresas del grupo Meta configuraran un abuso de posición dominante[12]. Así lo declaró al final de la parte resolutiva del dictamen:

> "339. (...) Las prácticas analizadas no han demostrado generar efectos anticompetitivos en el mercado relevante ni perjuicio al interés económico general, y las cuestiones planteadas corresponden más apropiadamente al ámbito de la protección de datos personales y defensa del consumidor."

Finalmente, el tercer caso relevante consiste en la concentración vertical de tres de los bancos comerciales más grandes de Colombia para crear una empresa proveedora de servicios de identificación digital. La SIC, al emitir su opinión sobre la transacción, consideró que esta crearía un nuevo mercado de aplicaciones para identificación digital y autenticación en línea, en el que la participación conjunta de los bancos en la nueva compañía sería del 100%.

Entre los remedios propuestos por la SIC y adoptados por el regulador financiero, destaca uno directamente vinculado a la protección de datos: garantizar la "interoperabilidad" y la "portabilidad de datos", que permitan la migración potencial de los usuarios a otras plataformas sin costos adicionales. Este remedio quedó condicionado a que la nueva empresa

[11] En el caso de Walmart – Cornershop de Chile, la COFECE decidió no autorizar la concentración y dos de los riesgos que identificó estaban asociados al tema de datos y al menos uno de ellos concerniente a datos personales: "2. Los datos generados por los usuarios de Cornershop podrían emplearse indebidamente para diseñar estrategias comerciales que favorecieran a Walmart. (...) 4. La confianza de los consumidores en el uso de sus datos podría verse comprometida, afectando la credibilidad de la plataforma" (Marván Saltiel 2025, p. 156).

[12] La Resolución de la Secretaría de Industria y Comercio de Argentina que ordenó el archivo del caso y el dictamen del 2 de julio de 2025 de la CNDC, correspondiente a la Cond. 1767 – WHATSAPP INC. S/ INFRACCION LEY N° 27.442, está disponible en el siguiente sitio web: https://cndc.produccion.gob.ar/sites/default/files/cndcfiles/COND.%201767.pdf

contara con la autorización previa de los titulares de los datos para transferir su información a terceros, dado que dicha autorización es obligatoria según las leyes de protección de datos personales (Gutiérrez y Abarca 2024, p. 173-174).

5. Conclusiones

En el último siglo, la evolución de las políticas y legislaciones de competencia en ALC ha dado lugar a un paisaje diverso y fluctuante. Sin embargo, las jurisdicciones y autoridades de competencia de la región afrontan retos comunes, tanto de carácter político como en materia de gestión pública.

Como ocurre con sus pares de otras latitudes, las autoridades de competencia de ALC enfrentan el desafío de conciliar enfoques tradicionales centrados en la eficiencia y el bienestar del consumidor con demandas crecientes de incorporar otros objetivos, tales como la sostenibilidad ambiental, el desarrollo inclusivo, la equidad de género y otros bienes jurídicos como la protección de datos personales, entre otros.

Las aproximaciones a dichos retos no necesariamente son homogéneas. El caso de los desafíos de competencia en el contexto de los mercados digitales lo ilustra. Mientras algunos casos evidencian una aproximación cautelosa que evita imponer medidas que puedan limitar el actuar de los agentes económicos en el mercado, otros reflejan una postura más activa que reconoce los riesgos para la libre competencia que plantean las nuevas conductas de poderosos agentes económicos en mercados digitales.

Los mercados de ALC se caracterizan por una alta concentración, la presencia de pocas empresas dominantes en mercados clave y que al menos el 21% de los cárteles detectados involucraron productos de consumo básico. (Gutiérrez 2023b). En este contexto, en ALC se requieren agencias de competencia efectivas y con un grado de autonomía básica, como lo ha explicado Palacios (2022). Por el contrario, como lo advirtieron Podszun y Gutiérrez (2024), "abolir o debilitar significativamente las agencias de competencia es una medida que se acerca a la abolición del libre mercado". Los desafíos identificados en este texto demandan tanto reformas institucionales que blinden la autonomía de las agencias como el fortalecimiento de sus capacidades técnicas y presupuestarias para garantizar una aplicación efectiva de las políticas y legislaciones de competencia de la región.

Bibliografía

ABARCA, M., 2021. Incipient Digital Markets: Insights from Chilean Case Law. *Competition Policy International* [en línea], Disponible en: https://www.competitionpolicyinternational.com/incipient-digital-markets-insights-from-chilean-case-law/.

BERTELSMANN STIFTUNG, 2024. Bertelsmann Stiftung's Transformation Index (BTI) 2024 - Codebook for Country Assessments. [en línea]. Germany: Bertelsmann Stiftung. Disponible en: https://bti-project.org/fileadmin/api/content/en/downloads/codebooks/BTI2024_Codebook.pdf.

BUDNIK, G., 2019. Indemnización de perjuicios por infracciones a la libre competencia. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, vol. 10, no. 1, pp. 93-116. DOI 10.7770/RCHDY-CP-V10N1-ART1466.

COBAR, L.P., 2016. Opinión sobre Iniciativa No. 5074 (Proyecto de Ley de Competencia) Caso Guatemala. *Derecho y Políticas de Libre Competencia en América Latina* [en línea]. [consulta: 31 enero 2026]. Disponible en: https://lalibrecompetencia.com/2016/05/31/opinion-sobre-iniciativa-no-5074-proyecto-de-ley-de-competencia/.

GARCÍA MANCILLA, C.M., 2019. Acuerdo de Asociación entre la Unión Europea y Centroamérica. [en línea]. Guatemala: Asociación de Investigación y Estudios Sociales (ASIES). Disponible en: https://lalibrecompetencia.com/wp-content/uploads/2019/11/2019.-dice.-la-ruta-hacia-la-aprobacic3b3n-de-una-ley-de-competencia-en-guatemala-1.pdf.

GRECO, E. y VIECENS, M.F., 2020. Innovación y disrupción digital en los mercados de medios de pago: El caso de defensa de la competencia en Argentina. *Derecho y Políticas de Libre Competencia en América Latina* [en línea]. [consulta: 2 febrero 2020]. Disponible en: https://lalibrecompetencia.com/2020/01/15/innovacion-y-disrupcion-digital-en-los-mercados-de-medios-de-pago-el-caso-de-defensa-de-la-competencia-en-argentina/.

GRECO, E. y VIECENS, M.F., 2021. Origen e historia de la ley de defensa de la competencia Argentina: hacia los 100 años de legislación. *Anuario de Derecho de la Competencia*. Paraguay: La Ley, pp. 95-122.

GRECO, E. y VIECENS, M.F., 2023. Tecnologías financieras y medios de pago: Taxonomía de las investigaciones de las agencias de competencia de Latinoamérica y el Caribe. *Anuario de Libre Competencia*, pp. 599-626. ISSN 2960-7744.

GUMUCIO, J.C. y FRENE, G., 2016. Competition Law in Chile. En: J. PEÑA y M. CALLIARI (eds.), *Competition law in Latin America : a practical guide*. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International, pp. 225-262. ISBN 9789041149770.

GUTIÉRREZ, J.D., 2007. La legislación de competencia en América Latina y el Caribe: historia, vigencia, aplicación y reformas. [en línea]. Competition Law & Economics Working Paper. Colombia: Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC. 07-05. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1023811.

GUTIÉRREZ, J.D., 2013. Paraguay entra al club de la defensa de la competencia mediante la Ley 4956 de 2013. *Derecho y Políticas de Libre Competencia en América Latina* [en línea]. [consulta: 31 enero 2026]. Disponible en: https://lalibrecompetencia.com/2013/07/01/paraguay-entra-al-club-de-la-defensa-de-la-competencia-mediante-la-ley-4956-de-2013/.

GUTIÉRREZ, J.D., 2018. Who bemoans competition laws in Latin America? *Derecho y Políticas de Libre Competencia en América Latina* [en línea]. [consulta: 6 mayo 2019]. Disponible en: https://lalibrecompetencia.com/2018/03/03/who-bemoans-competition-laws-in-latin-america/.

GUTIÉRREZ, J.D., 2020. *Retos del COVID-19 para el derecho y la política de la competencia en América Latina y el Caribe* [en línea]. Colombia: Capítulo América Latina de la Academic Society for Competition Law (ASCOLA). Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3663905.

GUTIÉRREZ, J.D., 2021. Derecho de la competencia en América Latina y el Caribe: Evolución y principales retos. *Anuario de Derecho de la Competencia*. Paraguay: La Ley, pp. 123-152. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/35450753

GUTIÉRREZ, J.D., 2022. 16 ideas que sorprenden a mis estudiantes de políticas públicas – Foro Administración, Gestión y Política Pública. [en línea]. [consulta: 28 agosto 2024]. Disponible en:

https://forogpp.com/2022/10/13/16-ideas-que-sorprenden-a-mis-estudiantes-de-politicas-publicas/.

GUTIÉRREZ, J.D., 2023a. Aruba se une al club de la competencia: Fue lanzada la «Aruba Fair Trade Authority». *Derecho y Política de Libre Competencia en América Latina*. Disponible en: https://lalibrecompetencia.com/2023/06/06/aruba-se-une-al-club-de-la-competencia-fue-lanzada-la-aruba-fair-trade-authority/

GUTIÉRREZ, J.D., 2023b. Chapter 28: South America in Research Handbook on Cartels. En: P. WHELAN (ed.), *Research Handbook on Cartels* [en línea]. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, pp. 500-520. ISBN 978-1-83910-287-5. Disponible en: https://www.elgaronline.com/view/book/9781839102875/book-part-9781839102875-39.xml.

GUTIÉRREZ, J.D., 2024. Ley de Competencia 32-2024: ¿Qué significa para las empresas de Guatemala? *Derecho y Políticas de Libre Competencia en América Latina* [en línea]. [consulta: 31 enero 2026]. Disponible en: https://lalibrecompetencia.com/2024/12/16/ley-de-competencia-32-2024-que-significa-para-los-empresarios-de-guatemala/.

GUTIÉRREZ, J.D. y ABARCA, M., 2023a. *Database of Latin American Antitrust Cases in Digital Markets, 2015-2022 (v.1)* [en línea]. 11 marzo 2023. S.l.: Research Gate. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/369170142_Database_of_Latin_American_Antitrust_Cases_in_Digital_Markets_2015-2022.

GUTIÉRREZ, J.D. y ABARCA, M., 2023b. Mind The Gap: Assessing Ride-hailing Apps in Latin America and the Caribbean. *Kluwer Competition Law Blog* [en línea]. Disponible en: https://competitionlawblog.kluwercompetitionlaw.com/2023/03/17/mind-the-gap-assessing-ride-hailing-apps-in-latin-america-and-the-caribbean/.

GUTIÉRREZ, J.D. y ABARCA, M., 2024. Challenges to Competition and Innovation in Digital Markets: Insights from Latin American Case. En: T. KALPANA, A. KAMPERMAN y C. CAUFMANN (eds.), *Digital Platforms, Competition Law, and Regulation: Comparative Perspectives* [en línea]. 1. S.l.: Hart Publishing, ISBN 978-1-5099-6938-8. Disponible en: https://www.bloomsbury.com/us/digital-platforms-competition-law-and-regulation-9781509969388/.

GUTIÉRREZ, J.D. y CALDERÓN, A., 2023. Introducción Dossier: Transformación del derecho y política de competencia en América Latina. *Latin American Law Review*, no. 11, pp. I-XI. Disponible en: https://lar.blob.core.windows.net/call-for-papers/00_LAR11_24ago2023.pdf

GUTIÉRREZ, J.D., MUÑOZ-CADENA, S.M. y CORCIONE, M.C., 2024. Participación e incidencia de las agencias reguladoras en el ciclo de las políticas públicas: Caso de estudio comparado en Colombia. *Estudios de Derecho*, vol. 81, no. 178, pp. 131-166. ISSN ISSN-L 0120-1867. DOI 10.17533/udea.esde.v81n178a6.

GUTIÉRREZ, J.D. y SOLARTE-CAICEDO, S., 2023. The complex relationship between competition law and initiatives for halting deforestation in the Amazon. *The Competition Law Review*, vol. 15, no. 2, pp. 111-137. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4742909

GUTIÉRREZ, J.D. y SOLARTE-CAICEDO, S., 2024. Environmental sustainability and competition in Latin American jurisdictions. En: J. NOWAG (ed.), *Research Handbook on Sustainability and Competition Law*. Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, pp. 518-534.

GUTIÉRREZ, J.D. y SUÁREZ, A.F., 2023. Using Competition Law to Link Regulation and Development. , vol. 16, no. 1, pp. 145-184. DOI 10.1515/ldr-2022-0045.

MARVÁN SALTIEL, A., 2025. Desafíos digitales y respuesta institucional de Latinoamérica: la experiencia de COFECE y otras autoridades de competencia. *Anuario de los Mercados y la Competencia*, vol. 1, pp. 151-165. ISSN 3101-3406.

MIRANDA, A., 2022. *Los Programas de Amnistía, clemencia o delación en el derecho de la competencia latinoamericano. Retos y soluciones a partir de una perspectiva de derecho comparado* [en línea]. info:eu-repo/semantics/doctoralThesis. España: Universidad de Salamanca. Disponible en: http://hdl.handle.net/10366/152612.

MIRANDA, A. y GUTIÉRREZ, J.D., 2006. Fundamentos Económicos del Derecho de la Competencia: Los Beneficios del Monopolio vs Los Beneficios de la Competencia. *Revista de Derecho de la Competencia*, no. 2, pp. 269-400. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2614981

MIRANDA, A. y GUTIÉRREZ, J.D., 2007. Historia del Derecho de la Competencia. Orígenes y evolución en Estados Unidos, la Unión Europea y América Latina. *Revista Boliviana de Derecho*, no. 3, pp. 215-268. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6095426

MIRANDA LONDOÑO, A., 2013. La Indemnizacion de los Perjuicios Causados por las Prácticas Restrictivas de la Competencia. [en línea]. Colombia: Centro de Estudios de Derecho de la Competencia - CEDEC. Disponible en: https://centrocedec.org/articulos/.

MUÑOZ-CADENA, S., GUTIÉRREZ, J.D., CASTELLANOS-SÁNCHEZ, M. y PERALTA, D.S., 2025. *Sistemas de IA en el sector público de América Latina y el Caribe* [en línea]. marzo 2025. Universidad de los Andes: s.n. Disponible en: https://algoritmos.uniandes.edu.co/sistemas-de-ia-en-america-latina

NOWAG, J., 2020. Sustainability & Competition Law and Policy – Background Note. [en línea]. S.l.: Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Disponible en: https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP(2020)3&docLanguage=En.

OECD, 2013. Latin American and Caribbean Regional Competition Agreements. [en línea]. S.l.: Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). [consulta: 16 julio 2019]. Latin American and Caribbean Competition Forum - Latin American and Caribbean Competition Forum, DAF/COMP/LACF(2013)5. Disponible en: https://www.oecd.org/content/dam/oecd/en/networks/latin-american-and-caribbean-competition-forum/LatinAmericanCompForum2013.pdf.

OECD, 2025. Ampliar la protección social y combatir la informalidad en América Latina. [en línea]. París: OECD Publishing. Disponible en: https://doi.org/10.1787/b03f2e18-es.

PALACIOS, A., 2022. Reflexiones de mi presidencia en la COFECE y sobre algunos de sus retos al futuro. [en línea]. Santiago, Chile: CeCo. Disponible en: https://centrocompetencia.com/wp-content/uploads/2022/02/Palacios-Prieto-Reflexiones-de-mi-presidencia-en-la-COFECE_2022.pdf.

PALACIOS, A., 2025. ¿Hasta dónde llegará a politizarse la política de competencia? *CeCo* [en línea]. Disponible en: https://centrocompetencia.com/hasta-donde-llegara-a-politizarse-la-politica-de-competencia/.

PALACIOS, A. y GUTIÉRREZ, J.D., 2015. Una Nueva Visión Sobre los Orígenes del Derecho de la Competencia Colombiano. En: Bogotá (Colombia), *Revista de Derecho de la Competencia*, no. 11, pp. 137-176. Disponible en: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7438942

PALACIOS, A. y GUTIÉRREZ, J.D., 2022. Histories of competition law in Latin America. En: J. PEÑA y M. CALLIARI (eds.), *Competition law in Latin America : a practical guide*. 2. The Netherlands: Kluwer Law International, pp. 89-100. ISBN 90-411-4977-5.

PALMA, M., 2018. La Mano Visible. *Derecho y Políticas de Libre Competencia en América Latina* [en línea]. [consulta: 31 enero 2026]. Disponible en: https://lalibrecompetencia.com/2018/07/19/la-mano-visible/.

PELÁEZ, S. y GUTIÉRREZ, J.D., 2025. The Gradual Impact of Sanctioning Cartels on Market Competition. *Journal of Industry, Competition and Trade*, vol. 25, no. 1, pp. 6. ISSN 1573-7012. DOI 10.1007/s10842-025-00442-z.

PEÑA, J., 2021. Las políticas de competencia en América Latina post-Consenso de Washington. [en línea]. Chile: Centro de Competencia, Universidad Adolfo Ibañez. Disponible en: https://centro-competencia.com/wp-content/uploads/2021/03/Julian-Pena.pdf.

PEÑA, J., 2023. Cultural challenges to competition law enforcement in Latin America. *Journal of Antitrust Enforcement*, pp. jnad041. ISSN 2050-0696. DOI 10.1093/jaenfo/jnad041.

PIRCHIO, A.G., 2025. Hacia un estándar de prueba de efectos anticompetitivos en mercados de múltiples lados. . S.l.:

PODSZUN, R. y GUTIÉRREZ, J.D., 2024. Por qué las economías de mercado necesitan guardianes. *El País* [en línea]. España, 12 febrero 2024. Disponible en: https://elpais.com/america/2024-02-12/por-que-las-economias-de-mercado-necesitan-guardianes.html#.

TREVISÁN, P., 2013. Indemnización de daños y perjuicios por infracciones a las normas de defensa de la competencia. *Jurisprudencia Argentina*, vol. 4, pp. 3-33.

Anexo 1.

Tipologías de autoridades de competencia de ALC

Jurisdicción y autoridad de competencia	Naturaleza	Ámbito de jurisdicción	Ámbito funcional	Mandato
Argentina - Comisión Nacional de Defensa de la Competencia (será reemplazada por la Autoridad Nacional de Competencia en 2026)	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Solo competencia
Aruba - Autoridad de Comercio Justo de Aruba (AFTA)	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Solo competencia
Barbados - Comisión de Comercio Justo	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Multi-mandato
Bolivia - Autoridad de Fiscalización de Empresas	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Multi-mandato
Brasil - Secretaria de Promoção da Produtividade e Advocacia da Concorrência (Seprac) [(antes de 2018- Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE)]	Ejecutiva (agencia)	Nacional	Solo abogacía de la competencia	Multi-mandato
Brasil - Conselho Administrativo de Defesa Econômica	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Solo competencia
CARICOM - Comisión de Competencia	Ejecutiva (agencia)	Supranacional	General	Solo competencia

Chile - Fiscalía Nacional Económica	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Solo competencia
Chile - Tribunal de Defensa de la Libre Competencia	Judicial (tribunal)	Nacional	General	Solo competencia
Colombia - Superintendencia de Industria y Comercio	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Multi-mandato
Comunidad Andina - Secretaría General de la Comunidad Andina (SGCAN)	Ejecutiva (agencia)	Supranacional	General	Multi-mandato
Costa Rica - Comisión para Promover la Competencia	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Solo competencia
Costa Rica- Superintendencia de Telecomunicaciones (SUTEL)	Ejecutiva (agencia)	Nacional	Telecomuni-caciones	Multi-mandato
Curazao - Autoridad de Comercio Justo de Curazao (FTAC)	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Solo competencia
Ecuador - Superintendencia de Control del Poder de Mercado	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Solo competencia
El Salvador - Superintendencia de Competencia	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Solo competencia
Guatemala - Superintendencia de Competencia	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Solo competencia
Guyana - Comisión de Competencia y Asuntos del Consumidor de Guyana	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Multi-mandato
Honduras - Comisión para la Defensa y Promoción de la Competencia	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Solo competencia
Jamaica - Comisión de Comercio Justo	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Multi-mandato
Bahamas - Autoridad de Regulación de Servicios Públicos y Competencia (URCA)	Ejecutiva (agencia)	Nacional	Telecomuni-caciones	Multi-mandato
México - Comisión Nacional Antimonopolio (antes Comisión Federal de Competencia Económica – COFECE)	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Solo competencia
México - Comisión Reguladora de Telecomunicaciones (antes Instituto Federal de Telecomunicaciones - IFT)	Ejecutiva (agencia)	Nacional	Telecomuni-caciones	Multi-mandato

Nicaragua - Procuraduría Nacional para la Defensa de la Libre Competencia, y de Resolución Alterna de Conflictos (antes Pro-Competencia)	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Solo competencia
Panamá - Autoridad de la Protección al Consumidor y Defensa de la Competencia	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Multi-mandato
Paraguay - Comisión Nacional de Competencia	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Solo competencia
Perú - Organismo Supervisor de Inversión Privada en Telecomunicaciones (OSIPTEL)	Ejecutiva (agencia)	Nacional	Telecomuni-caciones	Multi-mandato
Perú - Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Multi-mandato
República Dominicana - Comisión Nacional de Defensa de la Competencia	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Solo competencia
República Dominicana - Instituto Dominicano de las Telecomunicaciones (INDOTEL)	Ejecutiva (agencia)	Nacional	Telecomuni-caciones	Multi-mandato
Trinidad y Tobago - Trinidad y Tobago Comisión de Comercio Justo (TTFTC)	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Multi-mandato
Uruguay - Comisión de Promoción y Defensa de la Competencia	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Solo competencia
Venezuela - Superintendencia Antimonopolio	Ejecutiva (agencia)	Nacional	General	Solo competencia

Evolución y perspectivas de la promoción de la competencia en España

Autores[1]**:**

Juan José Ganuza, Universitat Pompeu Fabra y Funcas.

Lara Tobías Peña, Departamento de Promoción de la Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Soledad Robles Romero, Subdirección de Estudios e Informes de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Resumen:

La promoción de la competencia en España ha evolucionado durante más de seis décadas hasta consolidarse bajo la CNMC, que es una autoridad de referencia a nivel mundial en este ámbito. La CNMC cuenta con un departamento específico para supervisar y asesorar sobre regulación, fomentando la competencia mediante herramientas de análisis, control y formación. Desde su creación, ha publicado 23 estudios de mercado y 362 informes consultivos sobre todos los sectores de la economía, ha formado a cerca de 6.000 empleados públicos en materia de contratación pública y ha presentado 35 recursos judiciales contra normas restrictivas de la competencia, con una tasa de estimación (total o parcial) del 74%. Entre sus oportunidades, figura el uso de la IA para priorizar y acelerar el análisis y ampliar su alcance. Sus retos principales son aumentar el impacto de su función consultiva y asegurar recursos y capacidades técnicas para traducir recomendaciones en reformas efectivas que mejoren la competencia y el bienestar de los consumidores.

Palabras clave:

Promoción de la competencia, CNMC, regulación.

Códigos JEL:

K21, L51, L98.

[1] Las opiniones expresadas en el artículo pertenecen a los autores y no representan necesariamente la posición de la institución de la que forman parte. Los autores agradecen la colaboración en la recopilación y tratamiento de datos de Irene Pinilla Melgarejo, María Eugenia Gibanel Martín, Juan Manuel Contreras Delgado de Cos, Enrique Ruiz de Villa Saiz, Pedro Hinojo González, Alfonso Camba Crespo y el resto del personal del Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC.

1. Introducción

La promoción de la competencia consiste, de acuerdo con la definición de la International Competition Network (ICN), en aquellas actividades desarrolladas por la autoridad de competencia que se dirigen a promover un entorno competitivo mediante mecanismos no coactivos, principalmente a través de las relaciones con el sector público y la difusión entre el público en general de los beneficios de la competencia.

Así, la promoción de la competencia constituye uno de los pilares fundamentales de la política de competencia, junto con la defensa de la competencia. Aunque ambas persiguen el objetivo común de garantizar la existencia de una competencia efectiva en los mercados, la promoción y la defensa de la competencia se diferencian en su enfoque y herramientas.

Mientras que la defensa de la competencia se orienta a investigar y sancionar conductas anticompetitivas de los operadores económicos que dañan la competencia efectiva en los mercados, la promoción se centra en mejorar la calidad de la regulación y de la intervención pública, evaluando su necesidad, proporcionalidad y no discriminación.[2] Además, la promoción de la competencia es proactiva y, en general, no es coactiva, basándose en la credibilidad de la autoridad de competencia, el interés de sus actuaciones y su capacidad de convicción.

Estas diferencias entre la promoción y la defensa de la competencia permiten que ambas dimensiones se complementen y refuercen mutuamente. La eliminación de barreras públicas injustificadas reduce la probabilidad de conductas anticompetitivas. A su vez, los estudios y guías elaborados en el marco de la promoción contribuyen a identificar riesgos y facilitan la detección e investigación de posibles infracciones. Finalmente, la difusión de la cultura de competencia entre administraciones, operadores y consumidores favorece la prevención y la disuasión de prácticas anticompetitivas.

En este trabajo se pretende analizar la promoción de la competencia en España, para lo que se seguirá el siguiente esquema. En primer lugar, se expone la evolución de la política de promoción de la competencia en España desde sus orígenes hasta la actualidad. A continuación, se examina la situación actual de la promoción de la competencia en España bajo la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC). Por último, se abordan los principales retos y oportunidades a los que deberá hacer frente la CNMC en este ámbito.

2. Evolución de la promoción de la competencia en España

La promoción de la competencia en España es el resultado de un largo proceso de evolución institucional, jurídica y económica que se extiende durante más de seis décadas. Aunque en la actualidad constituye un pilar fundamental de la política económica y de la regulación eficiente, en sus orígenes su presencia fue tenue, fragmentaria y subordinada a una concepción esencialmente sancionadora de la política de competencia. El recorrido histórico que va des-

[2] Principios recogidos en el ordenamiento jurídico español en la Ley 20/2013 de garantía para la unidad de mercado (artículo 5), la Ley 40/2015 de régimen jurídico del sector público (artículo 4), la Ley 39/2015 de procedimiento administrativo común (artículo 129) y la Ley 7/1985 de bases del régimen local (artículo 84).

de la década de 1960 hasta la actualidad muestra cómo España ha evolucionado hacia un modelo donde la promoción se entiende como un instrumento indispensable para garantizar mercados eficientes, abiertos e innovadores.

La etapa fundacional: la Ley 110/1963 y el nacimiento de una política de competencia en sentido débil

El primer hito formal en materia de competencia en España fue la Ley 110/1963, de represión de prácticas restrictivas de la competencia.[3] Esta norma, pese a tener un espíritu fundamentalmente sancionador, sentó las bases de la política de promoción de la competencia.

En ese momento, la introducción de una política de defensa de la competencia se enfrentaba a obstáculos estructurales. Entre ellos, el comercio exterior estaba limitado por barreras a la importación y por elevados aranceles, lo que reducía la presión competitiva sobre los productores nacionales. A ello se sumaban desigualdades en el acceso al crédito que favorecían a determinados sectores o empresas, así como un mercado laboral caracterizado por rigideces.

En este marco, la Ley 110/1963 se introduce con el objetivo de evitar dos tipos de prácticas: la colusión y el abuso de posición de dominio en el mercado. Para alcanzar este objetivo, la Ley de 1963 creó tres instituciones fundamentales: el Tribunal de Defensa de la Competencia, el Servicio de Defensa de la Competencia y el Consejo de Defensa de la Competencia.

El Tribunal y el Servicio de Defensa de la Competencia se diseñaron para ejecutar una política esencialmente reactiva, que consistía en investigar y sancionar prácticas anticompetitivas en el mercado. Sin embargo, el Consejo incorporaba a su vez una función con elementos germinales de promoción: el estudio de los distintos sectores económicos y la propuesta de medidas para eliminar obstáculos a la competencia cuando su origen fuera administrativo.

Modernización y aproximación al modelo europeo: la Ley de 1989

La segunda gran etapa comienza con la Ley 16/1989 de Defensa de la Competencia[4], que se aprueba poco después de la adhesión de España a la Comunidad Económica Europea (1986).

Esta ley integró la regulación europea en materia de competencia y reforzó el Tribunal de Defensa de la Competencia y el Servicio de Defensa de la Competencia. En materia de promoción, si bien esta función aún no aparecía de manera formalizada, el artículo 26 estableció como competencias del Tribunal funciones consultivas y de emisión de informes, así como de promoción y realización de estudios y trabajos de investigación en materia de competencia. Además, el artículo 19 de dicha ley le otorgó la facultad de examinar las ayudas públicas otorgadas a las empresas en relación con sus efectos sobre la competencia.

[3] Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1963-14051

[4] Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1989-16989

Así, durante los años noventa se realizaron informes y propuestas de reforma regulatoria de cara a la liberalización de sectores tradicionalmente intervenidos, como la energía, las telecomunicaciones o el transporte, contribuyendo a reducir el notable retraso que España acumulaba respecto a sus socios europeos (Álvarez, 2016).

Hacia una promoción estructural con la Ley 15/2007 y la creación de la CNC

La Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia[5] supuso el verdadero impulso de la promoción de la competencia. Esta norma integró en un único organismo, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), las funciones del Tribunal y el Servicio de Defensa de la Competencia, reforzando su independencia, capacidades técnicas y recursos.

La Ley atribuyó expresamente a la CNC funciones consultivas y de promover la existencia de la competencia efectiva en los mercados, mediante actuaciones como realizar estudios y trabajos de investigación, así como realizar informes sobre sectores y propuestas de modificaciones normativas, sobre la actuación del sector público y sobre el impacto de ayudas públicas en la competencia.

Posteriormente, el Real Decreto 331/2008[6], por el que se aprobó el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia, estableció la Dirección de Promoción de la Competencia como órgano de asistencia técnica bajo la jefatura inmediata del Presidente de la Comisión. La creación de una dirección concreta para el desarrollo de labores de promoción de la competencia es un importante hito en la consolidación de la cultura de competencia en España, convirtiéndose la CNC en una de las pocas autoridades de competencia con una división especializada en la supervisión y fomento de la buena regulación.

La consolidación de la promoción de la competencia con la creación de la CNMC

La consolidación definitiva de la promoción de la competencia en España se produjo con la aprobación de la Ley 3/2013 de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)[7]. Esta norma supuso una reorganización profunda del sistema institucional español al integrar en un único organismo no solo la política de competencia (sustituyendo a la CNC), sino también las autoridades reguladoras sectoriales: la Comisión Nacional de Energía, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la Comisión Nacional del Sector Postal, el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales y el Comité de Regulación Ferroviaria y Aeroportuaria.

Desde su creación, la CNMC concentra tres grandes ámbitos de actuación: la promoción de la competencia, la defensa frente a prácticas anticompetitivas y la regulación y supervisión

[5] Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946&b=26&tn=1&p=20070704#a18

[6] Real Decreto 331/2008, de 29 de febrero, por el que se aprueba el Estatuto de la Comisión Nacional de la Competencia. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2008-4060

[7] Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Disponible en: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-5940

de los principales sectores regulados de la economía. Su misión esencial es garantizar y fomentar el correcto funcionamiento de los mercados, velando por que operen con transparencia y bajo condiciones de competencia efectiva, en beneficio de los consumidores y usuarios.

3. Presente de la promoción de la competencia en España: el liderazgo de la CNMC

La CNMC es una **referencia** en el ámbito de la promoción de la competencia a nivel mundial.

En primer lugar, es una de las pocas autoridades de competencia que cuenta con un **departamento específico** dedicado a la supervisión y asesoramiento en materia regulatoria en todos los mercados y sectores económicos, con el objetivo de identificar y proponer eliminar barreras que limiten injustificadamente la competencia. Esto la convierte en una autoridad relativamente única, dado que la mayor parte de las autoridades de competencia desarrollan solamente labores de defensa de la competencia. Algunas realizan acciones de comunicación dirigidas a concienciar sobre las bondades de los mercados competitivos y bien regulados, pero generalmente van dirigidas a los operadores económicos y se limitan a actuaciones puramente de comunicación (difusión de la labor del trabajo de la autoridad en redes sociales, por ejemplo).

En ocasiones, se confunden estas actuaciones de comunicación con la labor de promoción de la competencia, pero esta última va mucho más allá, como se ha señalado anteriormente, y consiste en **desarrollar de forma sistemática y estructurada una verdadera labor consultiva de apoyo a las administraciones públicas**. Es una labor de enorme relevancia, dado que, estando la regulación en ocasiones justificada por la existencia de fallos de mercado o la necesidad de proteger intereses públicos, esta determina también las "reglas del juego" y, como tal, influye sobre el comportamiento de los agentes en los mercados y sobre el resultado de la interacción económica. De modo que la regulación puede no ser neutra en términos de competencia y es importante que el *"policymaker"* o regulador (entendido en sentido amplio, como aquel que interviene de alguna forma en el mercado, ya sea a través de normativa, contratación pública, ayudas públicas o a través de actos administrativos, como concesiones, licencias u otras formas de intervención) sea consciente de esto y evalúe 1) si su intervención es necesaria y 2) si la forma elegida de intervención es la menos restrictiva en términos de competencia o, por el contrario, existe una alternativa que logre el mismo objetivo público de forma más respetuosa para la competencia.

Lo anterior, a menudo, no resulta sencillo, especialmente si tenemos en cuenta que muchos reguladores no tienen en mente la dimensión económica de su intervención ni son conscientes de que la misma puede impactar sobre el resultado del mercado. Cada administración está especializada en su ámbito concreto de actuación, y **muchas no están familiarizadas con los principios de buena regulación** (necesidad, proporcionalidad, no discriminación) o consideran que no están relacionados con su labor, a pesar de que son principios de naturaleza transversal.

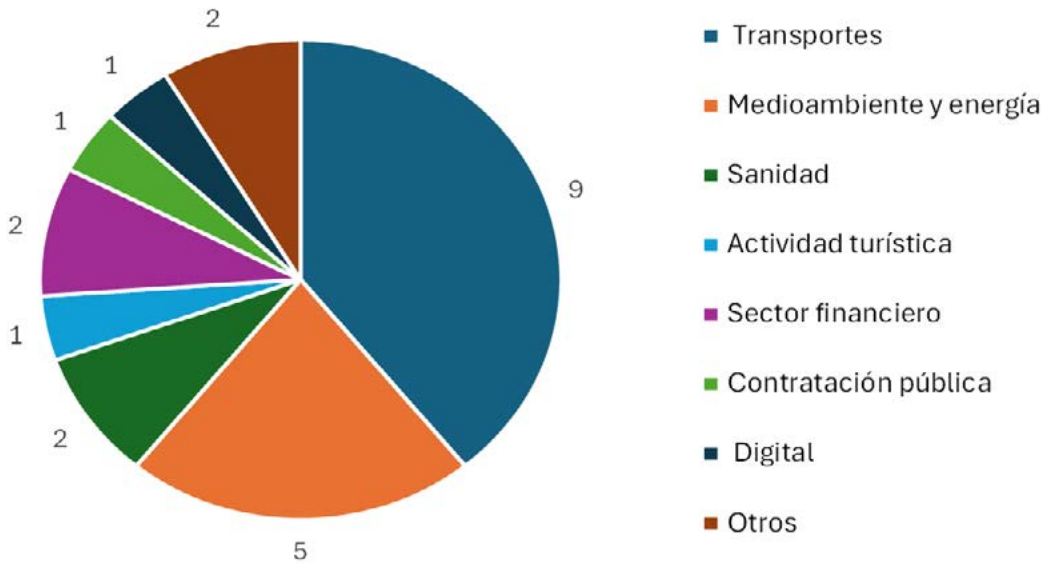
En segundo lugar, la CNMC es una autoridad de referencia por **la variedad de instrumentos** de los que dispone para la actividad de promoción de la competencia. Estos pueden agruparse

en tres categorías: (1) herramientas de asesoramiento, análisis y valoración; (2) instrumentos de control; y (3) acciones de formación y sensibilización pública.

Comenzando con las **herramientas de asesoramiento, análisis y valoración**, la CNMC tiene, en primer lugar, la potestad legal de elaborar **estudios de mercado**, que consisten en análisis en profundidad sobre sectores o actividades económicas determinadas, así como en consideraciones transversales sobre el funcionamiento competitivo de distintos mercados[8]. Su finalidad es formular recomendaciones no vinculantes, dirigidas a las administraciones y a otros agentes económicos, orientadas a mejorar el grado de competencia y, con ello, el bienestar general.

Desde la creación de la CNMC hasta 2025, se han publicado 23 estudios de mercado, con una media anual de publicación en torno a dos estudios[9]. El gráfico 1 muestra la distribución por sectores. El ámbito más estudiado son los transportes, donde la CNMC cuenta con 9 estudios que cubren todos los modos de transporte (ferroviario, aéreo, marítimo y terrestre). Destaca también la abundante producción en materia energética y medioambiental.

Gráfico 1.
Distribución por sectores de los estudios de mercado publicados por la CNMC



Fuente: elaboración propia a partir de datos publicados por la CNMC.

[8] Artículo 5.1.h) de la Ley 3/2013.
[9] Los estudios de la CNMC están disponibles aquí: https://www.cnmc.es/impulsamos-la-competencia/estudios-y-evaluacion-expost/estudios-de-mercado

Estos ámbitos coinciden en gran medida con las prioridades de investigación fijadas en el Plan Estratégico 2021-2026 de la CNMC, donde se comprometió a centrar los esfuerzos de investigación en ámbitos que contribuyan a la recuperación, la productividad, la innovación y la digitalización de la economía española; sectores que favorezcan la sostenibilidad medioambiental; y aquellos que refuercen la protección de los consumidores, especialmente los más vulnerables[10].

La revolución del tren en España:
cómo la competencia está transformando la alta velocidad

La liberalización del transporte ferroviario de larga distancia es un ejemplo de cómo la competencia puede mejorar el bienestar general. El ferrocarril ha sido tradicionalmente considerado como un sector con estructura de "monopolio natural". Se argumentaba que factores como las barreras de entrada y la dependencia de infraestructuras relevantes dificultaban que varios operadores compitieran en las mismas vías. Sin embargo, los efectos de la liberalización han demostrado que la competencia era posible y ha impulsado el bienestar del consumidor.

A pesar de este éxito, las reformas a favor de la competencia suelen enfrentar una paradoja económica: las ganancias están muy repartidas entre millones de ciudadanos y, sobre todo, son poco visibles hasta que tienen lugar, mientras que las pérdidas del operador histórico son concentradas y este se moviliza contra las reformas. Por ello, los procesos de liberalización son difíciles políticamente, y la labor de las autoridades independientes es fundamental para impulsarlos. El caso del ferrocarril no fue una excepción y la labor técnica y pedagógica de la CNMC ha sido clave en todo el proceso de liberalización.

La llegada de nuevos operadores no ha sido un proceso espontáneo. Como se detalla en el Estudio de la CNMC sobre la liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril de 2019 (E/CNMC/004/19) y en trabajos académicos posteriores, el reto no era solo legal, sino técnico y estructural. La competencia efectiva requiere el tránsito del tren por la infraestructura viaria, el acceso a insumos relevantes (como el personal de conducción o los servicios de mantenimiento), etc.

La CNMC identificó tempranamente que el éxito de la liberalización dependía de un marco de competencia efectiva entre el operador histórico (Renfe) y los nuevos entrantes. Esto implicaba asegurar el acceso de nuevos operadores a insumos relevantes como los talleres de mantenimiento y, muy especialmente, garantizar una competencia efectiva en la formación y contratación de personal especializado (maquinistas). Otro pilar fundamental fue proponer la revisión de los cánones ferroviarios —los peajes por el uso de la vía—, buscando un equilibrio que permitiera la sostenibilidad de ADIF sin comprometer la rentabilidad de las nuevas empresas.

[10] Plan Estratégico y de Actuación | CNMC

Los efectos de la entrada de competencia, analizados exhaustivamente en los informes de balance de la CNMC de 2024 y 2025, son incontestables: ha provocado una caída media de los precios de un 33%, llegando a reducirse a la mitad en corredores clave como el Madrid-Barcelona. Esta reducción no es aleatoria; la competencia ha llevado a los operadores a utilizar herramientas de gestión de ingresos (yield management) mucho más dinámicas, atrayendo a segmentos de demanda más elásticos que antes simplemente no podían permitirse viajar en alta velocidad.

El resultado es un servicio más asequible. La demanda de viajeros de larga distancia ha crecido un 40% desde 2019, superando los 49 millones de usuarios anuales. El impacto positivo en la competencia, la eficiencia y el bienestar del consumidor puede complementarse con otros efectos positivos desde el punto de vista de la sostenibilidad económica[11] y medioambiental[12].

El camino de la liberalización aún tiene etapas por cumplir. Un elemento importante es la distinción efectiva entre los servicios comerciales (abiertos a la competencia) y los servicios sujetos a Obligaciones de Servicio Público (OSP). La CNMC ha señalado la importancia de evitar distorsiones en el mercado mediante una separación contable y funcional estricta, recordando que, como tarde, en 2033 las OSP también deberán adjudicarse mediante procesos de licitación competitiva (de hecho, en el ámbito de sus funciones de promoción de la competencia, está elaborando un estudio al respecto[13]).

Por último, España destaca en la UE al ser el único país con tres operadores compitiendo en las mismas líneas. En este sentido, sería deseable que en todos los Estados Miembros se asegure también una liberalización efectiva para conseguir el objetivo de profundizar el mercado interior único de la UE.

La liberalización ferroviaria ha demostrado ser una de las reformas estructurales más exitosas de la última década. El trabajo de promoción de la CNMC ha permitido que la alta velocidad deje de ser un activo infrautilizado para convertirse en una herramienta de cohesión social y eficiencia económica. Proteger el buen funcionamiento del mercado y asegurar que las reglas favorecen la competencia efectiva seguirá siendo la prioridad para garantizar que los beneficios de esta revolución sigan llegando al bolsillo de los ciudadanos.

[11] Por ejemplo, un mayor uso de la infraestructura implica una mayor recaudación por cánones para ADIF, lo que contribuye a amortizar las inversiones públicas realizadas en la red ferroviaria española.

[12] Se estima que el trasvase de viajeros desde el avión y el vehículo privado al tren ha ahorrado más de 220.000 toneladas de CO_2

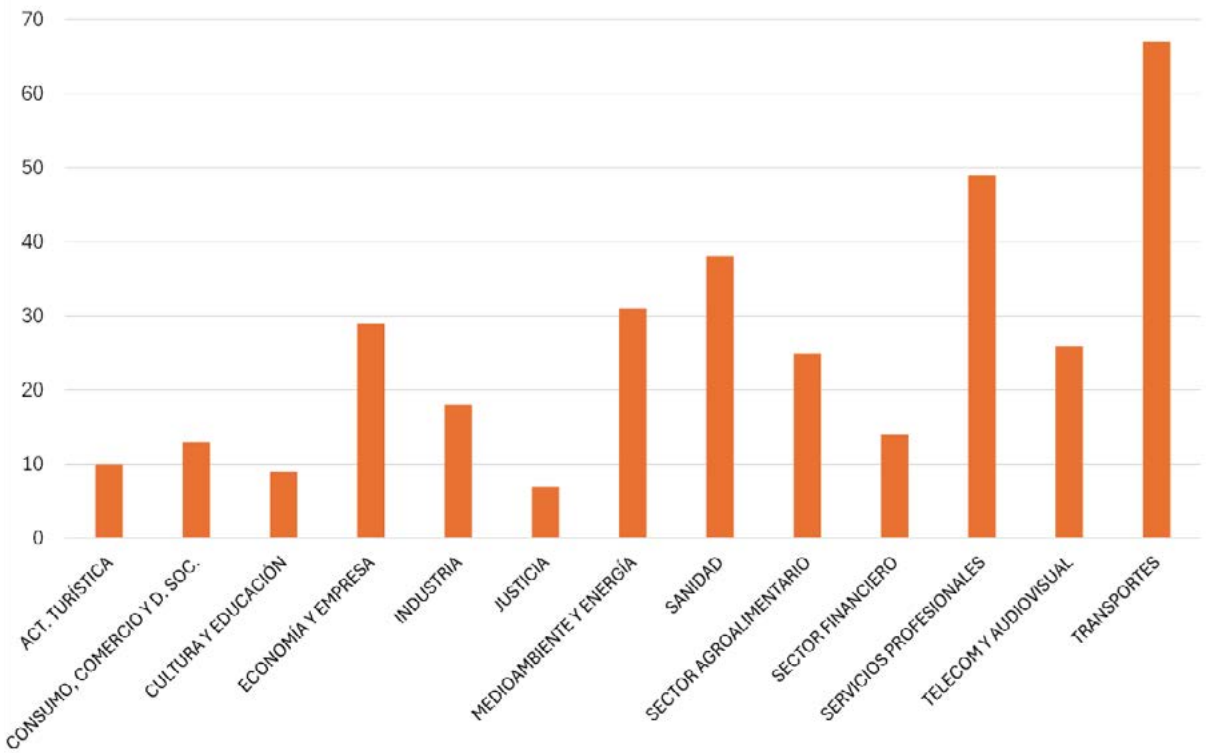
[13] Nota de prensa de la CNMC de 30 de octubre de 2024. Disponible aquí: https://www.cnmc.es/prensa/cp-liberalizacion-cercanias-20241030

La CNMC también actúa como órgano consultivo sobre cuestiones relativas al mantenimiento de la competencia efectiva y buen funcionamiento de los mercados, emitiendo **informes sobre proyectos normativos, licitaciones públicas o ayudas públicas**, ya sea a petición del Congreso, el Gobierno, los órganos autonómicos y locales, asociaciones de consumidores o por iniciativa propia[14]. Aunque no son vinculantes, estos informes contienen propuestas para favorecer una regulación más eficiente.

Desde su creación (hasta 2025), la CNMC ha publicado 362 informes a partir de su labor de promoción de la competencia, a una media anual de aproximadamente 30 informes. El 71% de los informes publicados se refieren a cuestiones regulatorias, mientras que el 18% analizan documentos o cuestiones relacionadas con contratación pública y un 11% estudian ayudas públicas.

Como muestra el gráfico 2, la CNMC emite informes sobre prácticamente todos los sectores de la economía española. Cuantitativamente, destacan el elevado número de informes relacionados con los transportes, los servicios profesionales, el ámbito sanitario, el medioambiente y la energía y los informes sobre economía y empresa.

Gráfico 2.
Distribución por sectores de los informes consultivos publicados por la CNMC



Fuente: elaboración propia a partir de datos publicados por la CNMC.

[14] Artículo 5.2 de la Ley 3/2013.

Un segundo grupo de herramientas a disposición de la CNMC son **las facultades de control**. En concreto, la CNMC **está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente** los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.[15] Esta potestad, que es muy poco frecuente entre autoridades de competencia a nivel internacional, se ejerce como último recurso ante restricciones especialmente graves y su aplicación se basa en los principios de necesidad y proporcionalidad.[16]

Algunos de los recursos que interpone la CNMC van acompañados de **informes económicos**, cuyo propósito es analizar el impacto económico de las restricciones a la competencia que se impugnan. Estos informes evalúan los efectos de la medida en los mercados afectados y, en ocasiones, incorporan cuantificaciones del coste que dichas restricciones suponen para los consumidores y para el bienestar social.[17]

Como paso previo a la interposición de un recurso contencioso-administrativo, la CNMC se dirige primero a la administración concernida, requiriéndole que modifique la disposición de que se trate o justifique la necesidad y proporcionalidad de la medida. La CNMC puede optar por no iniciar el procedimiento judicial si considera satisfactoria la respuesta.

Entre 2010 y 2025 la CNMC (y su antecesora, la CNC) ha interpuesto 35 recursos (ver gráfico 3).

[15] Artículo 5.4. de la Ley 3/2013. La CNMC también tiene legitimidad activa derivada del artículo 27 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

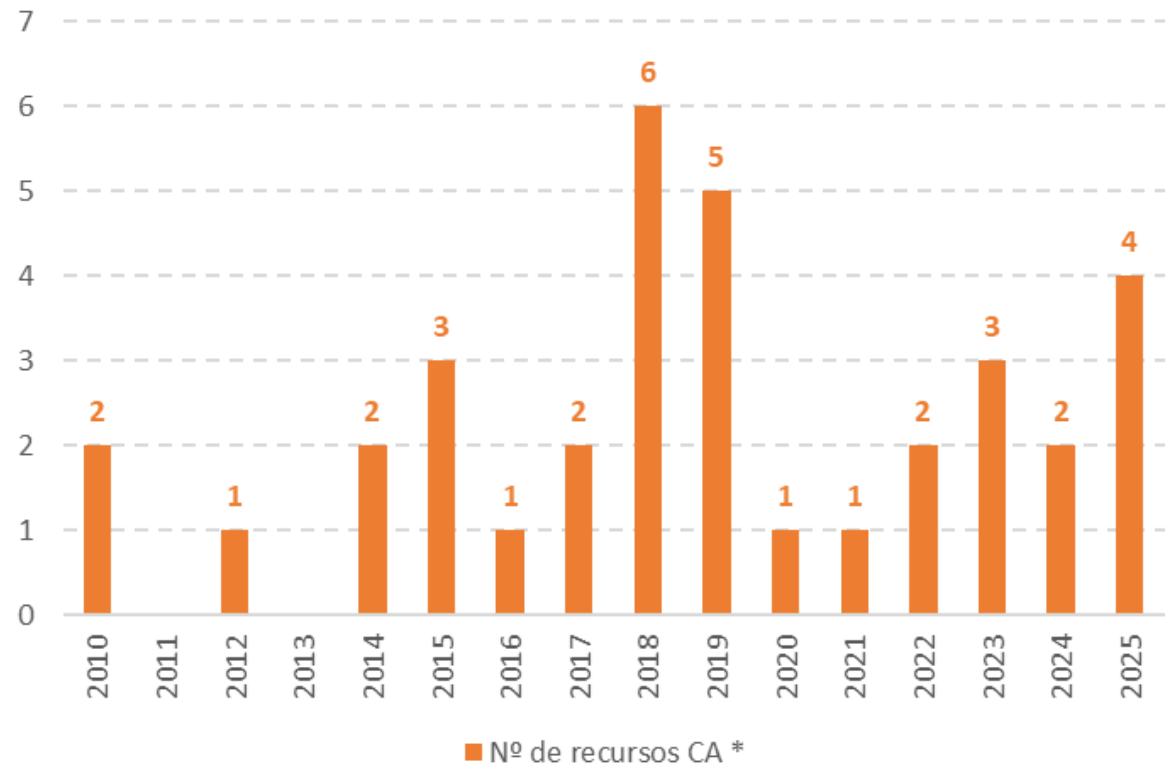
[16] Se pueden consultar las impugnaciones realizadas por la CNMC en base al artículo 5.4 de la Ley 3/2013 aquí: https://www.cnmc.es/impulsamos-la-competencia/mejoramos-la-regulacion/impugnaciones-de-normas-y-actos-administrativos

En el ámbito internacional, otras dos autoridades de competencia europeas tienen esta capacidad: la Autoridad italiana de Competencia en virtud del Decreto-ley 201/2011; y la lituana, consagrada en el art. 18 de su Ley, de 23 de marzo, núm. VIII-1099, sobre la Competencia.

A nivel autonómico, la Autoridad Catalana de la Competencia (ACCO) y la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC) también tienen capacidad impugnatoria. Véase, respectivamente, el art. 6.1 j) de la Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia y art. 3.4 de la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia.

[17] Los informes económicos pueden consultarse aquí: https://www.cnmc.es/impulsamos-la-competencia/mejoramos-la-regulacion/informes-economicos

Gráfico 3.
Número de impugnaciones ex art. 5.4

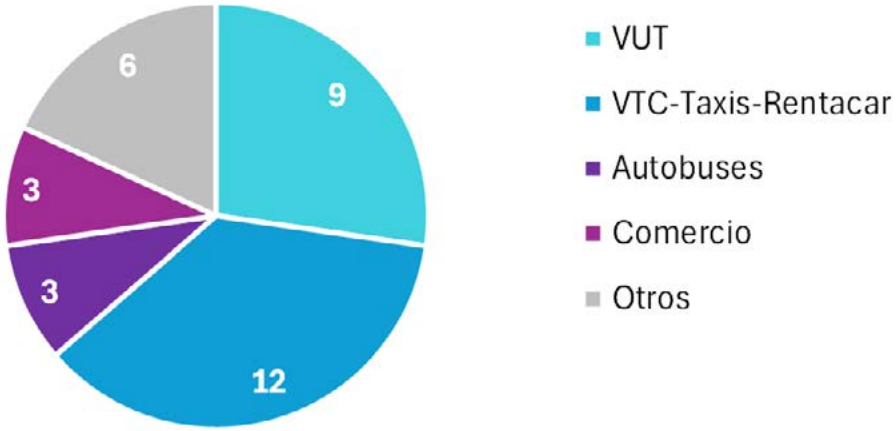


Fuente: elaboración propia a partir de datos publicados por la CNMC.*

La mayor parte de las impugnaciones se refieren a normativas o actuaciones administrativas en el ámbito de las viviendas de uso turístico (VUT) y de los taxis, VTC o vehículos de alquiler (ver gráfico 4).

* Nota: en el gráfico, las interposiciones de recursos están asignadas al año en el que se inició el procedimiento contencioso-administrativo.

Gráfico 4.
Impugnaciones por sectores



Fuente: elaboración propia a partir de datos publicados por la CNMC.

Hasta la fecha, la CNMC ha tenido bastante éxito en su labor impugnatoria. El 74% de los recursos han sido estimados total o parcialmente.

Las impugnaciones son, sin lugar a duda, una de las herramientas más potentes de la CNMC en el ámbito de promoción de la competencia. No obstante, se observa cómo algunas administraciones han optado, tras la impugnación de disposiciones con rango inferior a la ley, por trasladar parte de las restricciones impugnadas por la CNMC a normativas con rango de ley, con el objetivo de "escapar" de la capacidad impugnatoria de la autoridad de competencia.[18] Esto refleja cuán necesaria sigue siendo la labor de promoción de la competencia, dado que la CNMC decide impugnar cuando cree que existe una intervención dañina para el interés general, como, de hecho, así cuantifica en sus informes económicos.

Movilidad digital: de los taxis amarillos al algoritmo

A finales de la década de 1930, el alcalde de Nueva York, Fiorello LaGuardia, firmó una ley que cambiaría el paisaje urbano para siempre: la obligatoriedad de que todo taxista poseyera un "medallón", una concesión oficial para operar. Nacieron así los populares taxis amarillos, hoy insignia de la ciudad. Esta regulación no era caprichosa; antes al contrario, respondía a fallos reales de mercado que el regulador de la época buscaba mitigar:

[18] Un buen ejemplo es el Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor.

- Control de calidad: se buscaba reducir las asimetrías de información (el cliente no sabía qué coche tomaba ni qué calidad de servicio recibiría).
- Control de precios: se evitaban los problemas de hold-up (abusos de precios cuando el cliente no tenía alternativas).
- Control de cantidad: se intentaba limitar externalidades negativas como la congestión y la contaminación.

Este modelo basado en la licencia administrativa determinó la movilidad urbana global durante casi un siglo. Sin embargo, la economía digital ha irrumpido con una propuesta disruptiva: las plataformas de movilidad pueden resolver estos mismos problemas mediante la tecnología de forma más eficiente. Las herramientas digitales pueden lidiar con los retos que tradicionalmente solo resolvía la regulación:

- Control de calidad: a las inspecciones administrativas se unen ahora los sistemas de rating y evaluación. Es el propio mercado, en tiempo real, el que incentiva la excelencia y expulsa a los prestadores mediocres.
- Eficiencia y precios: los algoritmos de precios (pricing) y emparejamiento (matching) permiten al usuario conocer el coste de antemano y maximizar las transacciones. En lugar de un número fijo de licencias, los algoritmos hacen que la oferta reaccione a la demanda de forma que cuando esta última crece, los precios incentivan la salida de más vehículos, reduciendo el tiempo de espera.

La investigación académica (ver, por ejemplo, Cramer y Krueger, 2016) demuestra que esta ventaja competitiva asociada a la tecnología digital se traduce en una ganancia de eficiencia en dos dimensiones:

- Optimización de recursos: los conductores de plataformas pasan más tiempo con pasajeros en el coche, reduciendo los "kilómetros en vacío" y las emisiones de CO2.
- Expansión del mercado: las herramientas digitales permiten ofrecer servicio en la periferia y en zonas de menor renta, facilitando el acceso al transporte a segmentos más amplios de población.

En España, la CNMC ha defendido, a través de su Departamento de Promoción de la Competencia, que la regulación debe evolucionar para no asfixiar la innovación, actuando en dos planos:

- Consultivo: mediante informes (por ejemplo, el IPN/CNMC/020/19, el PRO/CNMC/003/18, el IPN/CNMC/003/20 o el IPN/CNMC/040/20), que recomiendan eliminar barreras injustificadas, como los tiempos mínimos de precontratación o restricciones horarias diseñadas para proteger modelos antiguos.

- Judicial: haciendo uso de su legitimación activa (Art. 5.4 de la Ley 3/2013), la CNMC ha impugnado normativas restrictivas en ciudades como Barcelona, Valencia o Málaga para evitar obstáculos artificiales contrarios a la eficiencia y la sostenibilidad.

La visión de la CNMC está alineada con la Comisión Europea (2022), que aboga por la coexistencia en un ecosistema digital integrado bajo el modelo de Movilidad como Servicio (MaaS). La apuesta por dicho marco no busca favorecer a unas empresas sobre otras, sino asegurar la competencia en méritos. Esto exige modernizar también la regulación del taxi, permitiéndoles disfrutar de la misma flexibilidad (precios cerrados ex ante, contratación por plaza) que ya permiten los desarrollos tecnológicos.

Asimismo, el hecho de evitar regulaciones artificiosas no impide al legislador imponer otros tipos de requerimientos laborales, medioambientales, etc., que considere socialmente beneficiosos, siempre que se apliquen de forma proporcional y neutra con respecto a los diferentes modelos de negocio.

Finalmente, sería deseable que la concesión de las licencias administrativas que sustentan estos modelos se realizara por procedimientos competitivos como las subastas. Sus ventajas son múltiples:

- Permiten a la Administración obtener las rentas de los beneficios futuros que generan.
- Garantizan la transparencia en sectores donde el precio de equilibrio es a menudo desconocido a priori.
- Aseguran que las licencias se asignen a los operadores más eficientes y con mejores modelos de negocio.

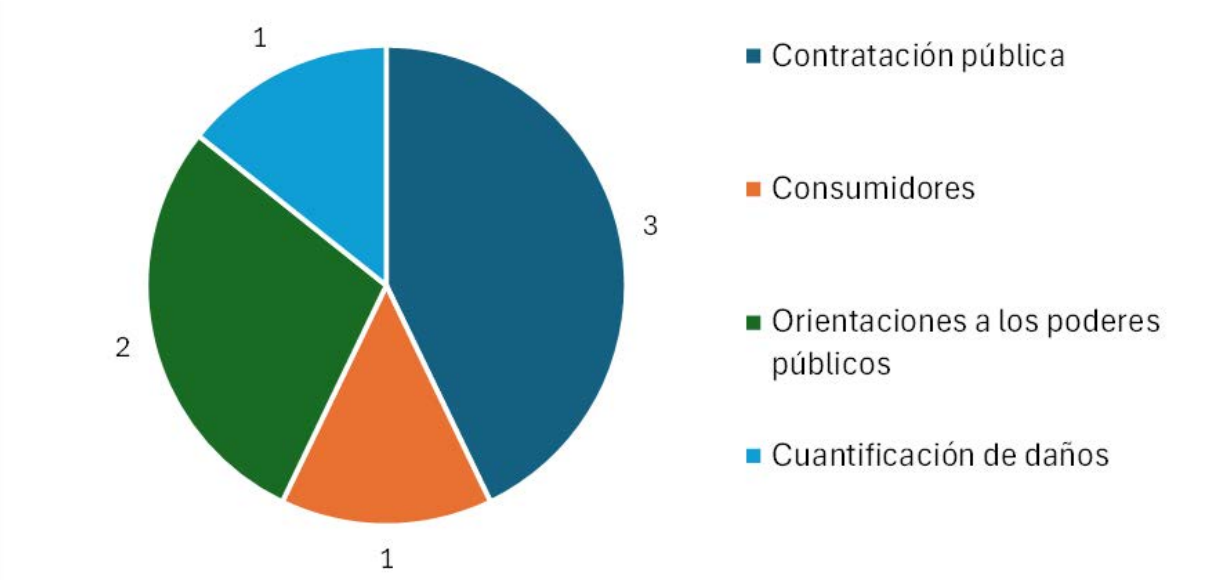
En conclusión, la movilidad del siglo XXI no puede estar encadenada a soluciones de 1930. El reto es diseñar una regulación que aproveche el potencial tecnológico para aumentar la calidad del servicio, garantizando un entorno de competencia en méritos donde la innovación sea el motor que mejore la vida de los ciudadanos.

Por último, la CNMC desarrolla una intensa **actividad de formación y concienciación pública** destinada a difundir la relevancia de la competencia y de una buena regulación.

Entre estas actividades, cabe destacar, en primer lugar, la **publicación de guías divulgativas** dirigidas a distintos tipos de agentes para explicar de manera cercana y sencilla cuestiones relacionadas con la competencia. Se trata de documentos con una fuerte vocación divulgativa. Hasta la fecha, la CNMC ha publicado 6 guías (ver gráfico 5)[19].

[19] Las guías de la CNMC están disponibles aquí: https://www.cnmc.es/impulsamos-la-competencia/guias-nw

Gráfico 5.
Guías publicadas por la CNMC



Fuente: elaboración propia a partir de datos publicados por la CNMC.

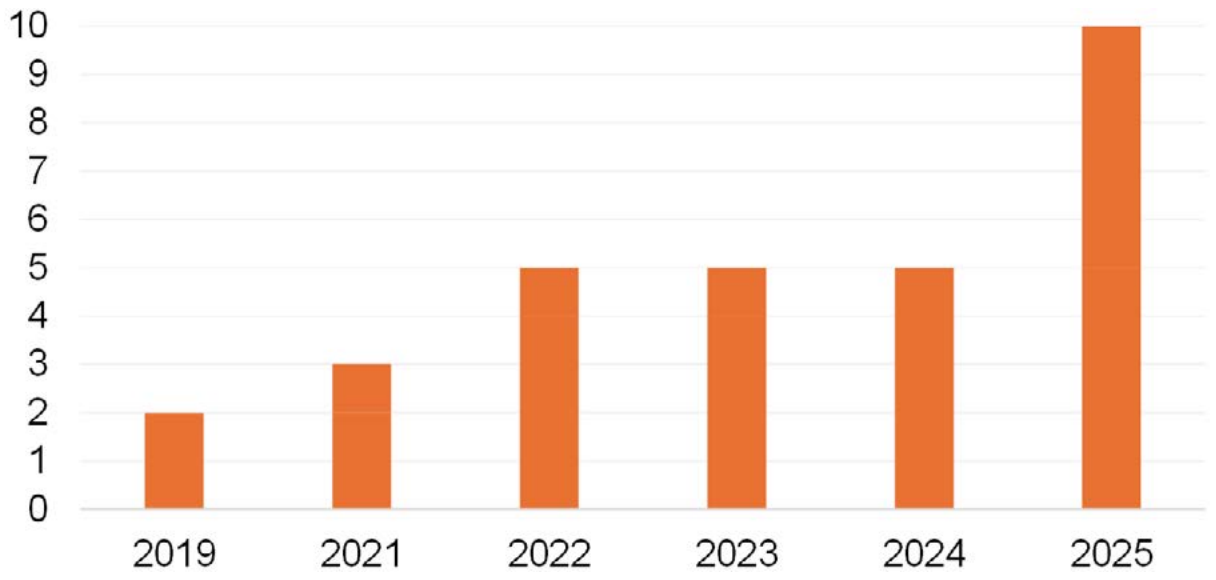
Asimismo, las autoridades de competencia tienen la responsabilidad de **participar en los debates** de nuestro tiempo, servir de **punto de encuentro para todos los actores relevantes**, y **escuchar y aprender** de las voces más autorizadas, a la vez que **sensibilizar a la sociedad** sobre la importancia de contar con mercados eficientes y competitivos. La CNMC tiene un firme compromiso de colaborar con todos los actores relevantes para promover la cultura de competencia y regulación eficiente. Esto se plasma, entre otros, en la relación con diversas instituciones, organizaciones y fundaciones, que a menudo culminan en la realización de trabajos conjuntos. Destaca la estrecha colaboración en los últimos años entre la CNMC y el Banco de España[20] o Funcas[21].

Parte fundamental de la labor de divulgación es la **organización de eventos, conferencias y seminarios** centrados en los temas más relevantes en el ámbito de la competencia y la regulación, de forma independiente o en colaboración con otras instituciones. Los esfuerzos en este ámbito han ido ganando una importancia creciente en el ámbito de la promoción de la competencia por parte de la CNMC (ver gráfico 6).

[20] Como consecuencia de la colaboración entre el Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC y el Banco de España, se han publicado dos Documentos Ocasionales del Banco de España, firmados por personal técnico de las dos instituciones: (González Fraga, y otros, 2025) y (Alloza, y otros, 2025)

[21] Fruto de la colaboración entre la CNMC y Funcas, en 2023 se publicó el libro "Reformas para impulsar la competencia en España". Disponible aquí: https://www.funcas.es/libro/reformas-para-impulsar-la-competencia-en-espana/

Gráfico 6.
Eventos públicos de promoción de la competencia



Fuente: elaboración propia a partir de datos de la CNMC.

Es necesario destacar asimismo la importante **labor formativa en materia de contratación pública** realizada por la CNMC. Desde 2014, la CNMC cuenta con un exitoso programa de capacitación de empleados públicos, dirigido a los responsables de compras públicas, en todos los niveles de la administración, para ayudarles a identificar los riesgos asociados a las restricciones de la competencia y a la pérdida de eficiencia en todas las fases del aprovisionamiento público. Desde su lanzamiento y hasta 2025, la CNMC ha formado a **cerca de 6.000 empleados públicos**, en todo tipo de administraciones e instituciones públicas (ministerios, universidades, hospitales, institutos de formación, etc.) y en todos los niveles administrativos (estatal, autonómico y local). Este programa es una de las piezas más importantes de la intensa labor de promoción que realiza la CNMC en materia de contratación pública.

Dime cómo compras y te diré cómo es tu economía: el impacto de la CNMC en la contratación pública

Existe una máxima no escrita en política económica: "dime cómo funciona la contratación pública de tu país y te diré cómo funciona su economía". No es una exageración. En España, el sector público destina anualmente entre el 10% y el 20% del PIB a adquirir bienes, obras y servicios. Es, con diferencia, el mayor comprador del país.

Cuando este sector funciona bien, no solo se ahorra dinero del contribuyente, sino que se premia a las empresas más eficientes y se genera un incentivo real hacia la innovación. Por el contrario, cuando falla, el coste lo pagamos todos en forma de menor calidad y mayor gasto.

A pesar de su importancia estratégica, la contratación pública en España fue un terreno poco explorado durante décadas, tanto por la academia como por las administraciones públicas. No obstante, ya desde 2011, la entonces CNC aprobó iniciativas muy relevantes, como la primera Guía sobre contratación pública y competencia y, en 2013, el estudio sobre los encargos a medios propios.

La falta de datos estructurados y accesibles dificultaba evaluar si los procesos eran realmente competitivos y si estaban bien diseñados. Esto explica la relevancia que tuvo en 2019 la publicación por parte de la CNMC del estudio "Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España".

Pese al debate metodológico del que fue objeto en su momento, el informe tuvo el inmenso mérito de poner cifras al coste de la falta de competencia. Entre sus hallazgos principales, reveló que:

- La Administración pagaba, de media, casi un 10% menos en contratos adjudicados mediante procedimientos competitivos.
- Una promoción efectiva de la concurrencia en todas las licitaciones entre 2012 y 2016 habría ahorrado a las arcas públicas al menos 1.700 millones de euros.
- Un tercio de las licitaciones en España contaban con un solo licitador.

La conclusión fue clara: promover la competencia en la contratación pública debe ser un objetivo prioritario de la política económica para garantizar la sostenibilidad de las cuentas públicas.

Lograr este impulso es un reto de primer nivel. No se trata únicamente de aplicar la ley; nos encontramos ante un ecosistema complejo donde es necesario adaptarse constantemente a nuevas regulaciones. Estas normas deben ser ejecutadas por una enorme variedad de organismos, desde grandes ministerios hasta pequeños ayuntamientos con recursos económicos y personal técnico limitados.

Por ello, la labor de la CNMC no debe limitarse a la vigilancia y sanción, sino que debe complementarse con el acompañamiento estratégico. La Comisión actúa como un aliado de los organismos contratantes, ayudándoles a implementar estrategias eficientes y con plenas garantías legales mediante dos ejes principales.

- **Formación y capital humano:** desde 2014 y hasta 2025, el programa de capacitación de la CNMC ha formado a unos 6.000 empleados públicos. Esta labor pedagógica permite que los responsables de compras identifiquen riesgos —como requisitos de solvencia técnica desproporcionados— que podrían estar cerrando artificialmente el mercado a favor de ciertos operadores.
- **Herramientas de apoyo:** La CNMC está inmersa en la actualización de sus guías prácticas. Tras las dedicadas a la planificación del proceso de contratación (2020) y al uso de medios propios (2023), recientemente se ha publicado la Guía sobre la preparación y diseño de las licitaciones (Fase III, 2025). Este documento aconseja, por ejemplo, reforzar el conocimiento del mercado para evitar compras a ciegas y, cuando sea posible, fomentar la división en lotes, una herramienta esencial para que las pymes puedan competir con las grandes corporaciones.

Esta última entrega es crucial, ya que se enfoca en la fase de diseño del contrato. Como bien afirma el economista Paul Klemperer, en el diseño de los mercados y las subastas, "el diablo está en los detalles". Un diseño defectuoso puede facilitar —incluso de forma involuntaria— acuerdos colusorios o restricciones técnicas que impiden la entrada de nuevos competidores.

Un diseño óptimo requiere anticipar el comportamiento estratégico de las empresas, una labor que dista mucho de ser sencilla. La teoría económica sobre subastas y contratación pública está en constante desarrollo, al igual que su plasmación en herramientas empíricas aplicables a casos reales. Por ello, resulta vital la colaboración de la CNMC con la academia, fomentando el intercambio de ideas y el análisis conjunto de las bases de datos de contratación para proponer mejoras normativas basadas en la evidencia.

Una contratación pública eficiente es la mejor política industrial posible. Al asegurar que cada euro público se asigne mediante procesos competitivos bien diseñados, no solo se protege el presupuesto de todos, sino que se garantiza que las empresas españolas compitan por ser mejores y no simplemente por estar mejor conectadas. El camino hacia una economía más dinámica e innovadora empieza, necesariamente, en el pliego de condiciones de cada licitación.

La intensísima labor de promoción de la competencia de la CNMC es **reconocida a nivel internacional**, lo que sitúa a la institución como un organismo de vanguardia. Prueba de ello son los reconocimientos que la CNMC ha recibido en los últimos años en algunas de las convocatorias internacionales de premios más prestigiosas. En particular, la CNMC ha sido galar-

donada hasta en 5 ocasiones en los últimos 10 años en el *"Competition Advocacy Contest"* organizado anualmente por la< y el Banco Mundial.[22] También ha sido reconocido el trabajo de la CNMC en los prestigiosos premios *"Antitrust Writing Awards"*, organizados anualmente por la editorial especializada en competencia "Concurrences", donde se ha nominado o premiado actuaciones de promoción de la competencia en 6 ocasiones en la última década[23].

4. Retos y oportunidades a futuro

Siendo evidente el enorme avance producido en España en términos de promoción de la competencia en las últimas décadas, existe margen de mejora, así como diversas oportunidades.

En primer lugar, la promoción de la competencia es una **actividad meramente consultiva**, desde una doble perspectiva. Por un lado, las administraciones públicas no están obligadas a consultar a la CNMC. Toda la labor de promoción de la competencia se basa en la capacidad de la CNMC de convencer a las administraciones públicas de que contar con la opinión de la autoridad de competencia es beneficiosa para lograr una regulación sólida y eficaz. Por eso, es crucial contar con una buena reputación y construir y mantener relaciones sólidas con los reguladores ("*policymakers*") basadas en la confianza mutua. Por otro lado, las recomendaciones de la CNMC no son de obligado cumplimiento, de modo que parte del trabajo de promoción de la competencia consiste en lograr convencer a los destinatarios de las recomendaciones para que las adopten.

En 2022, la CNMC publicó los resultados de un proyecto, financiado por la Comisión Europea, para evaluar el grado de seguimiento de sus recomendaciones de promoción de la competencia y unidad de mercado. El proyectó constató que **entre 2013 y 2019 más del 60% de las recomendaciones realizadas por la CNMC fueron seguidas por sus destinatarios**.[24] Si bien es un buen resultado, muestra que hay margen de mejora por lo que debe servir de motivación para seguir trabajando.

El resultado también lleva a reflexionar sobre la conveniencia de que la autoridad de competencia tenga competencias más ejecutivas. Como se ha indicado, la CNMC es una autoridad de referencia en cuanto a la amplitud de sus competencias en materia de promoción de la competencia pero existen precedentes de autoridades de competencia con capacidad ejecutiva, si bien no en materia regulatoria. El caso más paradigmático es el de la *Competition and Markets Authority* (CMA) del Reino Unido. La CMA, igual que la CNMC, realiza estudios de mercado donde incluye recomendaciones para mejorar el funcionamiento de los mercados. Sin embargo, la CMA tiene la posibilidad de iniciar una investigación de mercado tras el propio estudio, si considera que pueden existir efectos adversos sobre la competencia. La principal particularidad de estas investigaciones es que pueden culminar con la imposición

[22] Más información sobre estos premios disponible aquí: https://www.worldbank.org/en/events/2025/12/05/competition-advocacy-contest-2026

[23] Más información disponible aquí: https://www.worldbank.org/en/events/2025/12/05/competition-advocacy-contest-2026

[24] La información relativa a este proyecto está disponible aquí: https://www.cnmc.es/documento-evaluacion-de-impacto/evaluacion-impacto/analisis-expost-actuaciones-2013-2019-.

de remedios, de comportamiento o estructurales, que son prescripciones de obligado cumplimiento para los operadores de mercado (por ejemplo, límites de precio, obligaciones de desinversión o medidas de transparencia). En el ámbito puramente regulatorio es cierto que la CMA, igual que la CNMC, solo puede realizar recomendaciones, si bien en el caso británico la administración debe responder a las recomendaciones de la CMA en un plazo de 90 días.[25]

La imposibilidad de imponer cambios regulatorios tiene su justificación en que los reguladores ("*policymakers*") gozan de una legitimidad regulatoria derivada del proceso democrático de la que estrictamente carecen las autoridades de competencia (el legislador es elegido en las elecciones y el gobierno, que ejerce a través de la administración, es investido por el parlamento). Sin embargo, cabe reflexionar sobre la utilidad de introducir algún tipo de incentivo para que el regulador, al menos, deba considerar las recomendaciones de la autoridad de competencia, como órgano especializado en la materia. Algo tan sencillo como la **obligación de responder a las recomendaciones**, como en el caso del Reino Unido, podría tener un impacto relevante en la tasa de adopción de las recomendaciones.

En segundo lugar, la CNMC ha tenido tradicionalmente cierta dificultad en **llegar a la "última milla"**, concretamente, la **administración local y los consumidores**. Los municipios regulan e intervienen sobre actividades muy cercanas al día a día de los ciudadanos, como el abastecimiento de agua, la gestión de residuos, el comercio, las ferias y los mercados, las infraestructuras viarias, el transporte colectivo, las redes de telecomunicaciones o los servicios funerarios. También juegan un papel relevante como entidades contratantes y en la concesión de ayudas públicas. Por eso, las actuaciones municipales tienen un impacto muy importante sobre la competencia en los mercados y la promoción de la competencia en el ámbito local es especialmente relevante. Sin embargo, no resulta sencillo por el elevado número de municipios existente en España (8.132 a principios de 2025[26]) y por la casuística propia de cada uno.

Consciente de ello, la CNMC lanzó en 2021 la **iniciativa "Municipios y Competencia"** para mejorar la calidad de la regulación y la intervención municipal a través del análisis de las barreras a la competencia más comunes en la actuación de los municipios.[27] El proyecto se desarrolla con la **colaboración de las agencias autonómicas de competencia** y se estructura a través de "historias", que muestran barreras a la competencia surgidas de la intervención pública. En cada historia, una de las autoridades asume el liderazgo, elabora

[25] Más información sobre las competencias de la CMA aquí: https://assets.publishing.service.gov.uk/media/68b6bd2dd723ba6f74dba8ca/The_CMA_s_approach_to_markets_work.pdf

La propia Comisión Europea planteó en 2020 la posibilidad de asumir competencias para la elaboración de investigaciones de mercado con imposición de remedios, en lo que denominó la "New Competition Tool". Finalmente, desistió de esta pretensión pero los trabajos culminaron en la adopción de la Digital Markets Act. Más información aquí:

https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2020-new-comp-tool_en

[26] INE: INEbase/ Clasificaciones / Relación de municipios, provincias, comunidades y ciudades autónomas y sus códigos / Relación de provincias con sus códigos

[27] Más información aquí: https://www.cnmc.es/impulsamos-la-competencia/municipios-y-competencia

un documento que plantea el problema y las opciones de actuación, se somete a consulta pública y organiza una jornada de debate. Además, el proyecto propició la firma de un convenio con la FEMP en abril de 2023 para impulsar la promoción de la competencia en el ámbito local.[28] La iniciativa ha sido un rotundo éxito, habiendo recibido muy buena acogida a nivel municipal y elevada cobertura mediática. Ha permitido reforzar los vínculos con los ayuntamientos y acercar la labor de la CNMC a la ciudadanía y a los operadores económicos, con beneficios para ambas partes.

Por último, la CNMC debe continuar a la vanguardia del conocimiento y esto incluye la adopción y desarrollo de **herramientas de inteligencia artificial** que incidan en la productividad y calidad del trabajo desarrollado. La adopción de estas herramientas supone, al mismo tiempo, un reto y una oportunidad. Un reto porque requiere de la incorporación de nuevos perfiles profesionales y de la adopción de nuevas herramientas con las que la autoridad no ha estado familiarizada hasta recientemente. Sin embargo, es también una enorme oportunidad, dado que la inteligencia artificial va a permitir acelerar exponencialmente los procesos y la capacidad de análisis de la CNMC.

La autoridad de competencia española es, de nuevo, una verdadera referencia en la adopción de estas tecnologías. En el ámbito de defensa de la competencia, la CNMC ha desarrollado la herramienta **BRAVA *(Bid Rigging Algorithm for Vigilance in Antitrust)*** una herramienta de IA para la detección de la manipulación de licitaciones públicas. BRAVA es un modelo que, mediante herramientas de inteligencia artificial, clasifica las ofertas presentadas por las empresas a una licitación como potencialmente colusorias o como competitivas. La clave está en su algoritmo basado en el aprendizaje automático (machine learning), que toma como fuente la base de datos de contratación pública.[29]

En el ámbito de la promoción de la competencia, la CNMC está actualmente desarrollando la herramienta **LExIA (“Lectura Experta con IA”)**, para la lectura y cribado de la normativa que diariamente se publica en todos los boletines oficiales en España. Una de las principales dificultades del Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC es precisamente la imposibilidad de revisar la totalidad de la normativa. LExIA, actualmente en fase de desarrollo, se basa en modelos de inteligencia artificial generativa y aplica un sistema de filtros en cascada a toda la información publicada cada día en el BOE y los boletines oficiales autonómicos. Si una disposición supera los mencionados filtros, el sistema produce de forma automática un informe detallado que describe el contenido de la disposición analizada y, aplicando un enfoque de regulación económica eficiente, valora la existencia de posibles restricciones a la competencia. Es una herramienta con un enorme potencial, que facilitará enormemente el trabajo y contribuirá, sin duda, a un mayor impacto de la promoción de la competencia.

[28] BOE-A-2023-11399 Resolución de 8 de mayo de 2023, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se publica el Convenio de cooperación con la Federación Española de Municipios y Provincias, para la promoción de la cultura de competencia en el ámbito municipal.

[29] Más información aquí: https://blog.cnmc.es/2024/04/11/premio-a-brava-cnmc-contra-el-fraude-en-contratacion-publica/

5. Conclusión

La promoción de la competencia en España ha evolucionado durante más de seis décadas hasta consolidarse como un referente internacional bajo la CNMC. Hoy en día, la autoridad cuenta con un departamento específico para supervisar y asesorar sobre regulación y los principios de buena regulación. Para ello, dispone de instrumentos en tres áreas: análisis y asesoramiento, control de restricciones y formación y sensibilización pública.

Ahora bien, siguen existiendo retos y oportunidades a futuro, como su carácter consultivo y la dificultad de llegar a la "última milla" en la administración local y consumidores. Asimismo, la CNMC debe continuar a la vanguardia mediante la adopción de nuevas herramientas, incluida la inteligencia artificial, para mejorar la productividad y el impacto de su labor.

Bibliografía

ALLOZA, M. ET AL. «Diagnóstico y consecuencias económicas del grado de competencia en las licitaciones públicas», *Documentos Ocasionales*, n.º 2523, 2025 (https://doi.org/10.53479/41285).

ÁLVAREZ, M. «La evolución de la promoción de la competencia», *Boletín económico de ICE*, n.º 3082, 2016, pp. 27-40.

CNMC. «Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España», *E/CNMC/004/18*, 2019 (https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00418).

CNMC. «Estudio sobre la liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril», *E/CNMC/004/19*, 2019 (https://www.cnmc.es/expedientes/ecnmc00419-0).

CNMC. «IPN/CNMC/020/19 - Proyecto de Ordenanza Ayunt. Madrid reguladora de los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor -VTC-», 2019 (https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc02019).

CNMC. «PRO/CNMC/003/18 - Real Decreto-Ley 13/2018 que modifica la LOTT en materia de arrendamiento de vehículos con conductor», 2019 (https://www.cnmc.es/expedientes/procnmc00318).

CNMC. «G-2019-02 - Guía sobre planificación de la contratación pública», 2020 (https://www.cnmc.es/expedientes/g-2019-02).

CNMC. «IPN/CNMC/003/20 - P.O. por la que se regula el transporte público discrecional de personas mediante el arrendamiento de vehículos con conductor -VTC- en la Región de Murcia», 2020 (https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc00320).

CNMC. «IPN/CNMC/040/20 - PRD sobre el control de la explotación de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor», 2020 (https://www.cnmc.es/expedientes/ipncnmc04020).

CNMC. «Plan Estratégico 2021-2026», 2021 (https://www.cnmc.es/somos-cnmc/sobre-nosotros/plan-estrategico-y-de-actuacion).

CNMC. «G-2020-01 - Guía sobre encargos a medios propios y convenios», 2023 (https://www.cnmc.es/expedientes/g-2020-01).

CNMC Y FUNCAS. «Reformas para impulsar la competencia en España», GANUZA FERNÁNDEZ, J. y LÓPEZ VALLÉS, J. (eds.), *Funcas*, 2023 (https://www.funcas.es/libro/reformas-para-impulsar-la-competencia-en-espana/).

CNMC. «Balance de la liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril», *INF/DTSP/031/24*, 2024 (https://www.cnmc.es/expedientes/infdtsp03124).

CNMC. «Balance de la liberalización del transporte de viajeros por ferrocarril», *INF/DTSP/091/25*, 2025 (https://www.cnmc.es/expedientes/infdtsp09125).

CNMC. «G-2023-01 - Guía sobre la preparación y diseño de las licitaciones públicas», 2025 (https://www.cnmc.es/expedientes/g-2023-01).

COMISIÓN EUROPEA. «Comunicación de la Comisión sobre un transporte local de pasajeros bajo demanda que funcione correctamente y sea sostenible (taxis y VTC)», *2022/C 62/01*, 2022 (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52022XC0204%2803%29).

COMPETITION & MARKETS AUTHORITY. «The CMA's approach to markets work», 2025 (https://assets.publishing.service.gov.uk/media/68b6bd2dd723ba6f74dba8ca/The_CMA_s_approach_to_markets_work.pdf).

CRAMER, J. Y KRUEGER, A. «Disruptive Change in the Taxi Business: The Case of Uber», *American Economic Review*, vol. 106, n.º 5, 2016, pp. 177–182 (https://doi.org/10.1257/aer.p20161002).

GONZÁLEZ FRAGA, A. ET AL. «Estructura del mercado de electrolineras», *Documentos Ocasionales*, n.º 2511, 2025 (https://doi.org/10.53479/40139).

La contribución de las autoridades autonómicas a la defensa de la competencia en España

Autor:

Daniel Neira Barral, Vocal-secretario de la Comisión Galega da Competencia.

Resumen:

El sistema español de defensa de la competencia se articula a través de un modelo descentralizado que atribuye competencias sancionadoras tanto a la autoridad nacional como a diversas autoridades autonómicas. Estas últimas han desempeñado un papel particularmente relevante en la detección y persecución de conductas colusorias en mercados de ámbito local y regional.

Palabras clave:

autoridades autonómicas, cárteles, contratación pública, *enforcement*, competencia.

Códigos JEL:

K21, D23, L40, L51, H57

1. Introducción

El sistema español de defensa de la competencia se caracteriza por un modelo singular de aplicación administrativa descentralizada, en el que conviven una autoridad nacional con diversas autoridades autonómicas dotadas de competencias sancionadoras plenas en determinados supuestos. Si bien este diseño ha sido objeto de análisis doctrinal desde una perspectiva competencial e institucional, la atención prestada a la contribución material y efectiva de las autoridades autonómicas al *enforcement* del derecho de la competencia ha sido, hasta fechas recientes, relativamente limitada.

Este trabajo parte de la premisa de que las autoridades autonómicas de competencia no constituyen un mero complemento periférico del sistema, sino un elemento estructural imprescindible para la detección y sanción de conductas anticompetitivas en mercados de proximidad, especialmente en sectores vinculados a la contratación pública, los servicios locales y determinadas actividades profesionales. A juicio de este autor, sin la intervención de estas autoridades, una parte significativa de las prácticas restrictivas que afectan de forma directa al gasto público y al bienestar de los consumidores permanecería fuera del radar de la autoridad nacional.

Desde esta perspectiva, el artículo analiza brevemente la actividad desarrollada por la Autoritat Catalana de la Competència, la Autoridad Vasca de la Competencia, la Agencia Andaluza de Defensa de la Competencia y la Comisión Galega da Competencia, a partir del examen cualitativo de prácticas y resoluciones dictadas entre 2010 y 2025. El objetivo no es ofrecer un inventario exhaustivo de decisiones, sino identificar patrones comunes, divergencias relevantes y aportaciones específicas al desarrollo práctico y promoción del artículo 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC).

La principal aportación del trabajo reside en mostrar cómo, más allá de la dimensión formal del reparto competencial, las autoridades autonómicas han ido configurando una praxis sancionadora propia, con rasgos distintivos y, en algunos casos, innovadores, que refuerza la efectividad global del sistema español de *enforcement*, aunque no sin plantear desafíos relevantes en términos de coordinación, homogeneidad y recursos.

2. El punto de partida: el marco institucional de las autoridades autonómicas de competencia

La evolución del reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas (CC.AA.) en materia de defensa de la competencia ha transitado desde un centralismo pleno hacia un sistema de aplicación descentralizada y compartida en la actualidad fruto de un proceso evolutivo que podríamos discernir en los siguientes momentos:

El periodo inicial

Durante décadas, la aplicación de la normativa de competencia en España fue una facultad exclusiva del Estado.

- La Ley 110/1963: Instauró un sistema de tutela administrativa basado en dos órganos separados (el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia), ambos dependientes de la Administración General del Estado.
- La Ley 16/1989 (LDC): Tras la Constitución de 1978, se atribuye en exclusiva al Estado la instrucción y resolución de expedientes en todo el territorio español.

La Sentencia 208/1999

El núcleo del debate era determinar si las comunidades autónomas (CC.AA.) tienen competencias para ejecutar la normativa de competencia. Mientras que el Estado defendía un modelo centralizado basándose en la unidad de mercado, las autonomías argumentaban que la defensa de la competencia forma parte de la materia de "comercio interior", la cual tienen atribuida con carácter exclusivo en sus estatutos.

El Tribunal Constitucional (TC) determinó que la defensa de la competencia no es una materia aislada1, sino que se cruza con otros títulos competenciales determinando así la conexión con el comercio y, concluyendo el tribunal ,que la defensa de la competencia es, efectivamente, una especie del género "*ordenación del mercado*" y, por tanto, se solapa con el comercio interior; estableciendo que, aunque al Estado le corresponde la potestad legislativa (normas generales), las CC.AA. pueden ejercer la función ejecutiva (inspección, control y sanción) o apuntalando el criterio de reparto (ámbito del mercado). La sentencia define un límite geográfico y funcional para el ejercicio de estas competencias:

- Competencia Autonómica: Las CC.AA. son competentes para ejecutar la ley cuando las prácticas restrictivas tengan lugar en su territorio y no afecten al mercado supracomunitario.
- Competencia Estatal: El Estado retiene la ejecución cuando las conductas puedan alterar la libre competencia en un ámbito que supere el territorio de una comunidad o afecte al conjunto del mercado nacional.

El Tribunal declaró inconstitucionales varios artículos de la Ley 16/1989 (como el 4, 7, 9, 10, 11 y 25) en la medida en que atribuían exclusivamente al Estado la ejecución de la ley en todo el territorio nacional. Sin embargo, aplicó una técnica jurídica singular ya que difirió la nulidad de estos preceptos. Esto significa que los artículos no se anularon de inmediato para evitar un "*vacío legal*", si no que otorgó un plazo al Estado para que dictara una nueva ley que estableciera los puntos de conexión y criterios de coordinación necesarios para que las autonomías pudieran empezar a ejercer sus funciones. Es destacable que la sentencia no resultó unánime. Algunos magistrados emitieron votos particulares argumentando que la defensa de la competencia es un principio estructural de la economía que requiere una auto-

[1] Sentencia TC nº 208/1999, de 11 de noviembre https://www.boe.es/boe/dias/1999/12/16/pdfs/T00046-00059.pdf

ridad única para evitar la fragmentación del mercado y asegurar la igualdad de condiciones en todo el país[2].

En esencia, esta sentencia representó el acta de nacimiento del modelo descentralizado de competencia en España, transformando un sistema de mando único en una red compartida basada en el alcance territorial de los efectos de cada infracción.

El marco de coordinación: La Ley 1/2002

Para organizar este nuevo escenario se aprobó la Ley 1/2002, de 21 de febrero, de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia[3], norma fundamental que organiza la convivencia entre el Estado y las comunidades autónomas (CC.AA.) en la aplicación de las leyes de competencia, dictada para dar cumplimiento a la doctrina del Tribunal Constitucional (TC) establecida en 1999 y que establece los puntos de conexión para repartir los casos. La ley define quién debe investigar cada caso basándose en el alcance de los efectos de la conducta y determinando la competencia del Estado cuando las prácticas restrictivas alteren o puedan alterar la competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional incluyendo casos que afecten a la unidad de mercado, la libre circulación o la igualdad de los ciudadanos y estableciendo la competencia y potestad a las CC.AA cuando las conductas alteren la competencia únicamente dentro de su propio territorio y no afecten al mercado exterior a la comunidad. Conforme esta ley, el Estado retiene siempre el control de las concentraciones económicas[4],

---

[2] Voto particular concurrente que formula el Magistrado don Fernando Garrido Falla a la Sentencia que resuelve los recursos de inconstitucionalidad acumulados núms. 2.009 y 2.027, de 1989, interpuestos contra determinados preceptos de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia (…) *En cuanto al fallo (que he votado) mis reservas mentales tienen que ver con el hecho de que, por la vía de un recurso de inconstitucionalidad, hemos resuelto, en pluralidad, un conflicto de competencias planteado por dos singulares Comunidades Autónomas que ha de tener, inevitablemente, sin embargo,efectos erga omnes.*

[3] https://www.boe.es/buscar/pdf/2002/BOE-A-2002-3590-consolidado.pdf

[4] Debate suscitado sobre la competencia de CC.AA. en concentraciones. Sentencia 108/2014, de 26 de junio(BOE núm. 177, de 22 de julio de 2014) ECLI:ES:TC:2014:108 *(…) STC* 31/2010*, de 28 de junio, al enjuiciar la constitucionalidad del art. 154.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña, señaló que "limitada territorialmente al ámbito autonómico, así como a las actuaciones restrictivas de la competencia en el mismo y de acuerdo, en todo caso, con la legislación estatal, no existe en principio razón alguna, como señala el Abogado del Estado, para que la Comunidad Autónoma no pueda asumir competencias estrictamente ejecutivas en relación con aquellas concentraciones siempre que resulten incluidas en el ámbito de la competencia autonómica y carezcan de trascendencia supracomunitaria" (FJ 96).*
Del tenor de este escueto razonamiento se infiere que, ciertamente, la Constitución no impide que las Comunidades Autónomas puedan asumir estatutariamente competencias de ejecución de la legislación estatal sobre concentraciones económicas, siempre que se trate de concentraciones económicas que "carezcan de trascendencia supracomunitaria" y "de acuerdo, en todo caso, con la legislación estatal", de donde resulta claramente que queda a salvo la potestad normativa que al Estado le corresponde en este campo y, en consecuencia, la posibilidad de que en su ejercicio y en consideración a los intereses económicos en presencia, decida someter únicamente a control administrativo las concentraciones económicas cuyos efectos trascienden el ámbito geográfico de una Comunidad Autónoma.
«la multiplicidad de elementos que la Administración debe tomar en consideración para valorar la incidencia de la concentración económica sólo puede ser abordada desde una perspectiva general que permita no sólo delimitar el ámbito geográfico del mercado afectado sino también la incidencia de la concentración en las condiciones de libre competencia». Estos elementos a estudiar, explica, van desde la estructura de los mercados relevantes

las ayudas públicas, la representación internacional y la aplicación de los artículos 101 y 102 (anteriores 81 y 82) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

La ley establece además un sistema de resolución de disputas y se crea, para resolver conflictos, una Junta Consultiva para evitar que dos autoridades investiguen lo mismo (o que ninguna lo haga) instaurando una notificación mutua (las autoridades deben informarse recíprocamente de cualquier denuncia o investigación de oficio en un plazo breve). La Junta Consultiva en materia de conflictos, órgano paritario (mismo número de representantes del Estado y de las CC.AA. afectadas) emite dictámenes no vinculantes sobre quién debe llevar un caso y si tras este informe persiste el conflicto, se acude al Tribunal Constitucional.

- Criterio geográfico: Las CC.AA. son competentes para conductas cuyos efectos se limiten íntegramente a su territorio.
- Exclusiones iniciales: Originalmente, el control de concentraciones económicas y las ayudas públicas se reservaron en exclusiva al Estado. No obstante, el TC aclaró posteriormente que las CC.AA. sí pueden tener competencias ejecutivas en concentraciones sin trascendencia supracomunitaria.
- Mecanismos de asignación: Se estableció un procedimiento dinámico para decidir qué autoridad debe investigar cada denuncia, apoyado por una Junta Consultiva en materia de conflictos.

Evolución de los modelos institucionales autonómicos

Tras la Ley 1/2002, las CC.AA. comenzaron a crear sus propias autoridades, siguiendo dos modelos principalmente (i) el modelo dual, varias CC.AA. replicaron inicialmente la estructura estatal de 1989, con un servicio o área de instrucción (dentro de una Consejería) y un Tribunal de resolución independiente y (ii) un modelo de Autoridad, siguiendo la reforma estatal de 2007 (que creó la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia -CNMC-), donde comunidades como Andalucía, Cataluña, el País Vasco o Galicia5 evolucionaron hacia organismos únicos que integran instrucción y resolución bajo una misma estructura independiente. La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC), establece el marco básico de reparto competencial entre la autoridad nacional y las autoridades autonómicas. Estas últimas pueden investigar y sancionar infracciones del artículo 1, 2 y 3 de la LDC cuando los

a las eficiencias económicas derivadas de la concentración, pasando por conceptos como la competencia real o potencial de las empresas o su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados. De ahí que, prosigue, resulte justificado que sea un órgano nacional, la CNMC, el indicado para recibir las notificaciones de las grandes concentraciones y las autorice o rechace, y no las autonomías.

[5] Recientemente se ha creado el Consejo Canario de Defensa de la Competencia, Decreto 85/2023, de 25 de mayo, por el que se crea el Consejo Canario de Defensa de la Competencia y se regula su procedimiento de funcionamiento (BOC de 5 de junio de 2023); el Decreto acoge un modelo de órgano especializado, colegiado e independiente de promoción y defensa de la competencia que permite asumir todas las competencias reconocidas estatutariamente sin necesidad de remitir su ejercicio a los órganos centrales.

efectos de la conducta se circunscriben a su ámbito territorial, aplicando criterios sustantivos idénticos a los de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

En este contexto, la Autoritat Catalana de la Competència (ACCO), la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC) y la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA/ACREA) además de la Comisión Galega da Competencia (CGC) presentan diferencias organizativas, pero comparten un núcleo común de funciones: (i) instrucción de expedientes sancionadores, (ii) promoción de la competencia y (iii) cooperación institucional. Su actividad sancionadora permite observar cómo el derecho de la competencia se proyecta sobre mercados de proximidad, caracterizados por una intensa interacción entre operadores y, en muchos casos, por la intervención de las administraciones públicas como demandantes de bienes y servicios.

En definitiva, la norma permite que las CC.AA. creen sus propios órganos de competencia, los cuales deben actuar con independencia y cualificación profesional[6]. Mientras una comunidad no haya constituido sus propios órganos, el Estado seguirá ejerciendo las competencias ejecutivas en dicho territorio de forma supletoria[7]. Además, obliga a que las comunicaciones de comunidades con lengua cooficial se traduzcan al castellano cuando se dirijan a los órganos estatales.[8] Hoy en día, el sistema funciona como una red nacional de autoridades caracterizada por la colaboración leal ya que la conflictividad ha sido baja; existe una colaboración técnica entre la CNMC y las autoridades autonómicas (realizan inspecciones conjuntas y comparten criterios a través del Consejo de Defensa de la Competencia y diversos grupos de trabajo) y se asumen desafíos y retos como la necesidad de garantizar la independencia económica y funcional de todas las autoridades autonómicas y asegurar que cuenten con recursos suficientes para enfrentar la economía digital[9].

---

[6] Disposición adicional primera. Referencias al Tribunal y al Servicio de Defensa de la Competencia contenidas en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia. (…) *2. Los órganos que en las Comunidades Autónomas ejerzan las funciones que en el Estado se atribuyan al Tribunal de Defensa de la Competencia, deberán actuar con independencia, cualificación profesional y sometimiento al ordenamiento jurídico.*

[7] La disposición transitoria única prevé el ejercicio de las competencias de ejecución correspondientes a las Comunidades Autónomas por los órganos estatales hasta el momento en que aquéllas que tengan previsión estatutaria hayan constituido sus respectivos órganos de defensa de la competencia;

[8] Disposición adicional segunda. Traducción al castellano de las comunicaciones y notificaciones de las Comunidades Autónomas con lengua cooficial dirigidas al Servicio de Defensa de la Competencia. *En cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 3.o del artículo 36 de la LRJAPAC todas las comunicaciones y notificaciones de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas dirigidas al Servicio de Defensa de la Competencia y al Tribunal de Defensa de la Competencia contenidos en la presente Ley deberán ser traducidas al castellano*

[9] El 28 de abril de 2021, España promulgó el Real Decreto-Ley 7/2021 por el que se transpone la Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (Directiva ECN+). El citado Real Decreto-Ley modifica, entre otras, la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). La Directiva ECN+ tiene como principal objetivo superar las deficiencias del sistema que han supuesto la aplicación desigual de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), para que las autoridades nacionales de competencia (ANC) de los Estados miembros y las Autoridades Administrativas de Competencia -Léase CC.AA- (AAC) dispongan de las garantías de independencia, los recursos y facultades de aplicación e imposición de multas necesarios para poder aplicar eficazmente los artículos señalados

3. La actividad de las autoridades autonómicas de competencia

El sistema español de defensa de la competencia se caracteriza por su estructura descentralizada, en la que coexisten una autoridad estatal —la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)— con diversas autoridades autonómicas de competencia. Esta arquitectura responde a la configuración competencial del artículo 149.1.21 de la Constitución Española, que atribuye al Estado la potestad legislativa exclusiva sobre defensa de la competencia, dejando a las comunidades autónomas la facultad ejecutiva para aplicar la normativa estatal dentro de su territorio cuando el mercado afectado es exclusivamente autonómico[10].

La Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC) establece el marco básico de reparto competencial entre la autoridad nacional y las autoridades autonómicas. Estas últimas pueden investigar y sancionar infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC cuando los efectos de la conducta se circunscriben a su ámbito territorial, aplicando criterios sustantivos idénticos a los de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. En este contexto, autoridades como la ACCO[11], la AVC[12], la ADCA[13] y la Comisión Galega de la Competencia[14] presentan diferencias organizativas, pero comparten un núcleo común de funciones: instrucción de expedientes sancionadores, promoción de la competencia y cooperación institucional. Su actividad sancionadora permite observar cómo el derecho de la competencia se proyecta sobre mercados de proximidad, caracterizados por una intensa interacción entre operadores y, en muchos casos, por la intervención de las administraciones públicas como demandantes de bienes y servicios.

Entre 2010 y 2025, las autoridades autonómicas de competencia en España han consolidado una praxis sancionadora propia, con resoluciones que aplican de forma directa la normativa de defensa de la competencia a conductas anticompetitivas en mercados locales, profesiones reguladas y, de forma creciente, en procedimientos de contratación pública.

Este análisis se centra en las actuaciones y resoluciones sancionadoras dictadas por la Autoritat Catalana de la Competència (ACCO), la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC) y la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA/ACREA) además de la Comisión Galega da Competencia (CGC), suponiendo no un examen exhaustivo de las mismas sino un simple reflejo ejemplarizante de su actividad.

El Tribunal Català de Defensa de la Competència de la ACCO ha dictado una serie de resoluciones sancionadoras en las que se han aplicado los principios de la LDC a conductas res-

[10] Ya vimos que en **Sentencia 208/1999**, de 11 de noviembre, el Alto Tribunal concluyó que la materia de defensa de la competencia *no está atribuida de forma exclusiva al Estado* en la Constitución, pero que la **legislación sobre defensa de la competencia** sí debe residir en el Estado, mientras que las **funciones ejecutivas** (como inspección, control o sanción en el ámbito territorial de una comunidad autónoma) pueden corresponder a las autoridades autonómicas cuando los Estatutos de Autonomía lo habilitan y no exista afectación de un ámbito supracomunitario

[11] Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoridad Catalana de la Competencia.

[12] Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia

[13] Decreto 290/2015, de 21 de julio, por el que se modifican los estatutos de la Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía, aprobados por Decreto 289/2007, de 11 de diciembre

[14] Decreto 118/2016, do 4 de agosto, polo que se crea o Instituto Galego do Consumo e da Competencia e se aproban os seus estatutos

trictivas de la competencia en ámbitos tan diversos como mercados laborales, servicios profesionales y licitaciones públicas. Un ejemplo paradigmático es la resolución del expediente núm. 109/2021, relativa a la Associació d'Escoles Privades Independents de Catalunya[15], resuelta el 11 de julio de 2023, que declaró la comisión de una infracción muy grave consistente en la adopción de un *pacto de no captación de trabajadores* entre sus miembros, prohibiendo contactar o contratar docentes entre sí sin consentimiento previo. Este pacto fue considerado contrario al artículo 1 de la normativa de competencia por restringir indebidamente la competencia en el mercado laboral educativo, afectando tanto a trabajadores como a la asignación eficiente de recursos humanos en el sector educativo. La resolución acreditó que se trataba de una práctica que limita la competencia efectiva y reducía la movilidad laboral.

Además de este caso, entre las resoluciones sancionadoras de la ACCO se incluyen otros expedientes representativos de su actividad sancionadora hasta 2025. Entre ellos se encuentran la resolución del expediente R 1/2024 sobre la contratación pública del servicio de autobús diurno y nocturno del Barcelonès Nord (02/09/2024)[16], que refleja la aplicación de la normativa de competencia en procesos de adjudicación pública; la resolución del expediente 80/2016 sobre servicios de fisioterapia (27/05/2024) y diversas resoluciones como los expedientes V 100/2018 bis – V 102/2019 ("Aerobús", 03/08/2023), 107/2020 (Col·legi de Fisioterapeutes de Catalunya, 12/01/2024) y 101/2018 (L9/L10 Metro, 19/03/2024), que abarcan conductas restrictivas en sectores variados del mercado autonómico catalán.

La ACCO continúa resolviendo expedientes iniciados en ejercicios anteriores siendo una temática recurrente la revisión de conductas en el contexto de la contratación pública. El expediente R 1/2024, resuelto el 2 de septiembre de 2024, se refería al procedimiento sobre la contratación pública del servicio de bus diurno y nocturno del Barcelonès Nord, implicando análisis de posibles colusiones o prácticas restrictivas entre licitadores en un sector clave de transporte terrestre. Las resoluciones de octubre y diciembre de 2025 incluyen varios casos, como los expedientes R 1/2025, R 2/2025 e R 3/2025, relativos a empresas como Edetania, Ibe 97 y Fernanbus, y la resolución del expediente núm. 116/2022 sobre servicios funerarios en Caldes de Montbui, todos adoptados en 2025, lo que indica la entrada en fase de resolución de procedimientos instruidos en ejercicios previos o vinculados a nuevas investigaciones de prácticas anticompetitivas. La secuencia temporal de los expedientes muestra que, aun cuando muchos procedimientos se han tramitado durante varios años, la actividad sancionadora culminó con resoluciones firmes que integran tanto análisis jurídico como económico de las conductas investigadas.

La Autoritat Catalana de la Competència (ACCO) se ha consolidado como la autoridad autonómica con una praxis sancionadora intensa y con un mayor grado de sofisticación institucional, particularmente en los ámbitos de la contratación pública, los servicios profesionales y, de forma cada vez más visible, en la proyección del *enforcement* administrativo hacia la reclamación de daños derivados de infracciones del derecho de la competencia. Su actuación revela una clara vocación de liderazgo, apoyada no solo en un uso sistemático del análisis

[15] Autoritat Catalana de la Competència, Resolució de l'expedient núm. 109/2021. Associació d'Escoles Privades Independents de Catalunya, 11 de juliol de 2023 (ACCO)

[16] R-1/2024, Contratación pública del servicio de bus diurno y nocturno del Barcelonès Nord

económico y de herramientas avanzadas de detección de colusión[17], sino también en una concepción amplia de la función de la autoridad de competencia como catalizadora de la reparación del perjuicio causado a las administraciones públicas.

En este sentido, la ACCO ha mostrado un interés sostenido en facilitar y promover el ejercicio de acciones de daños[18] por parte de las entidades del sector público, consciente de que la imposición de sanciones administrativas, aun siendo necesaria, resulta insuficiente para neutralizar plenamente los efectos económicos de las prácticas colusorias en los mercados de contratación pública. La elaboración de guías y documentos de orientación dirigidos específicamente a las administraciones contratantes constituye una manifestación clara de esta estrategia, orientada a reducir las barreras técnicas y probatorias que tradicionalmente han dificultado la interposición de este tipo de reclamaciones. Este enfoque sitúa a la ACCO en una posición singular dentro del panorama autonómico, al integrar de forma explícita la dimensión resarcitoria en su política de competencia.

Asimismo, la autoridad catalana ha destacado por un uso decidido de las prohibiciones de contratar con el sector público como consecuencia accesoria de sus resoluciones sancionadoras, reforzando de manera significativa el efecto disuasorio del *enforcement* en mercados caracterizados por una elevada dependencia de la demanda pública. La fijación expresa del alcance y duración de estas prohibiciones ha tenido un impacto práctico relevante sobre el comportamiento de los operadores económicos, introduciendo incentivos adicionales para el cumplimiento normativo y para la adopción de programas de *compliance* en libre competencia. No obstante, la intensidad de esta práctica plantea también interrogantes desde la perspectiva de la proporcionalidad y de la coordinación con los mecanismos previstos en la normativa de contratación pública, especialmente cuando se proyecta sobre mercados locales con un número reducido de licitadores.

En conjunto, la experiencia de la ACCO pone de manifiesto una concepción avanzada *y* descentralizada, en la que la sanción administrativa, la exclusión temporal del mercado público y la reparación del daño causado a las administraciones se configuran como instrumentos complementarios de una misma estrategia de defensa efectiva de la competencia.

De forma paralela, **la Autoridad Vasca de la Competencia (AVC)** ha dictado resoluciones sancionadoras que tienen un contenido sectorial amplio y que en algunos casos se remontan incluso a hechos continuados durante años.

Desde la creación de la Autoridad Vasca de la Competencia como organismo autónomo en el año 2012, mediante la Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia (BOPV de 9 de febrero de 2012) la Comunidad Autónoma de Euskadi se dotó de órganos de defensa de la competencia mediante el Decreto 81/2005, de 12 de abril, de creación del Tribunal

[17] La ACCO elaboró una herramienta de detección de colusión en materia de contratación pública (ERICCA) fundamentada en diferentes expresiones de IA (algoritmos, redes neuronales y agentes) y la explotación masiva de datos públicos siendo una palanca esencial en el trabajo diario tanto para la agilidad en la tramitación de comunicaciones que recibe (sean denuncias, comunicaciones del art 150 o 132 de la LCSP o alertas del canal anónimo) como para la investigación de oficio de conductas anticompetitivas vinculadas a la compra pública;

[18] Ver Guía sobre Reclamación de daños causados a las Administraciones públicas por prácticas anticompetitivas

Vasco de Defensa de la Competencia y de asignación de funciones del Servicio de Defensa de la Competencia en la Comunidad Autónoma de Euskadi. Dicho decreto creó el Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, homólogo del Tribunal de Defensa de la Competencia estatal, como un órgano adscrito al Departamento de Hacienda y Administración Pública, pero que no formaba parte de la estructura jerárquica de la Administración y que desarrollaba sus funciones de forma independiente y con autonomía de gestión.

Entre las resoluciones destaca así, el expediente 130-SAN-2016 del 27 de diciembre de 2017, que sancionó a empresas de t*ransporte de viajeros de Gipuzkoa* por fijación de precios y reparto de servicios con multas impuestas en función del volumen de mercado de cada compañía, reflejando la importancia de reprimir acuerdos colusorios prolongados en el tiempo. Fue destacable por parte de la AVC la ejecución y coordinación (3 de diciembre de 2015) de la inspección simultánea en 9 empresas que prestaban un servicio de transporte de viajeros por carretera. La complejidad y dimensión de la actuación, que fue liderada por funcionarios de la AVC, determinó que la AVC buscara la colaboración de personal de la CNMC y de otras autoridades autonómicas con responsabilidades en materia de competencia y la asistencia de expertos en informática de la Ertzaintza. El operativo tuvo su origen en la previa orden de investigación adoptada por la dirección competente de la AVC. Las entradas y registros en la sede de las 9 empresas tenían como objetivo encontrar pruebas que ratificasen los indicios existentes de prácticas anticompetitivas. Finalmente se impusieron sanciones que luego fueron rebajadas en sede judicial[19]

En Resolución de 4 de febrero de 2016, *comedores escolares*, se trata del primer *bid rigging* firme mediante prueba de presunciones, es decir, declarar acreditada una infracción del artículo 1.1 c) de la LDC por una práctica concertada de reparto del mercado de la prestación de los servicios de comedores escolares de gestión directa del Gobierno Vasco desde el año 2003 hasta el año 2011 y desde el año 2013 hasta el año 2015 con todas las consecuencias legales que conlleva desde la perspectiva de competencia y de contratación pública[20].

La AVC también ha sancionado abusos de posición dominante en mercados de servicios locales. Un ejemplo reciente es la resolución del expediente sancionador del Tanatorio Donostialdea-Donostialdeko Beilatoki, S.A., publicada en agosto de 2024, por la que el Consejo Vasco de la Competencia declaró la infracción de abuso de posición dominante al negar en varias ocasiones la utilización de salas de velatorio a otras empresas competidoras, imponiendo una sanción de 99.378 euros a la empresa y a su matriz, Mémora Servicios Funerarios, S.L. Además de este caso, la AVC ha resuelto múltiples expedientes contra conductas de abuso de posición dominante en el sector funerario, como la resolución de octubre de 2022 que sancionó a dos empresas de tanatorio en Gipuzkoa por aplicar precios discriminatorios y condiciones comerciales abusivas en servicios de tanatorio y crematorio, imponiendo sanciones. En cuanto a ejemplos de casos de sectores profesionales regulados, la resolución 126-SAN del 20 de marzo de 2017 relativa al Colegio de Graduados Sociales de Álava ilustra la intervención de la autoridad vasca en conductas dentro de colectivos

[19] https://www.competencia.euskadi.eus/contenidos/informacion/resoluciones/es_resoluci/adjuntos/130_RESOLUCION_TRANSPORTE_GIPUZKOA_web_es.pdf

[20] Resolucion 6-2013 Comedores Escolares.

profesionales. Ya más recientemente, la AVC ha incoado expedientes sancionadores en 2025 por indicios de prácticas anticompetitivas en contratos públicos, como los expedientes 751 y 752 incoados contra cinco empresas proveedoras implicadas en licitaciones de la sociedad pública *Alokabide* por sospecha de reparto de adjudicaciones, abriendo un proceso de instrucción que puede culminar en resolución dentro de un plazo de hasta 24 meses desde la incoación.

Desde la perspectiva estrictamente sancionadora, la AVC ha centrado buena parte de sus resoluciones en la persecución de acuerdos colusorios en licitaciones públicas, especialmente en sectores caracterizados por un número reducido de operadores y una reiteración de procedimientos de adjudicación. Entre los expedientes más relevantes de la etapa inicial se encuentran aquellos relativos al sector del transporte de viajeros por carretera, que culminaron en la imposición, en 2017, de sanciones por importe aproximado de 900.000 euros a diecisiete empresas y una asociación empresarial por conductas consistentes en la coordinación de ofertas y el reparto de adjudicaciones en licitaciones públicas. Estas resoluciones constituyen un ejemplo paradigmático de la aplicación del artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia a mercados de contratación pública de ámbito autonómico, poniendo de relieve el impacto directo de la colusión.

En la misma línea, la AVC sancionó en años anteriores a empresas del sector de la restauración y a autoescuelas, por acuerdos de fijación de condiciones comerciales y reparto de mercado, imponiendo multas que, aunque de cuantía moderada en términos absolutos, resultan significativas por su efecto disuasorio en mercados locales. Estos expedientes reflejan una concepción amplia de la contratación pública y de la competencia efectiva, en la medida en que la autoridad ha considerado que la distorsión competitiva en mercados estrechamente vinculados a la actividad pública genera efectos sistémicos sobre el funcionamiento del sector público y la confianza en los procedimientos de adjudicación. A partir de 2020, la actividad sancionadora de la AVC se intensificó y adquirió una mayor visibilidad, coincidiendo con un incremento de los expedientes relacionados con licitaciones públicas municipales y autonómicas. Según las memorias oficiales de la autoridad, en 2022 y 2023 se impusieron diversas sanciones por prácticas colusorias y abusivas en contratos públicos y servicios asociados, con un importe agregado que superó los 250.000 euros en un solo ejercicio. En 2024, el Consejo Vasco de la Competencia adoptó varias resoluciones sancionadoras relevantes, entre las que destaca la dictada contra el Colegio Notarial del País Vasco, por la recomendación colectiva de precios y el reparto igualitario del mercado en relación con determinadas escrituras notariales vinculadas a moratorias crediticias, conducta calificada como muy grave por su incidencia directa en un mercado regulado y de elevada relevancia económica.

En paralelo a su función sancionadora, la AVC ha desarrollado una intensa actividad de promoción de la competencia, especialmente orientada a la prevención de conductas anticompetitivas en la contratación pública. Desde mediados de la década de 2010, la autoridad ha elaborado informes, guías y recomendaciones dirigidas a órganos de contratación, con el objetivo de identificar y mitigar los riesgos de colusión en licitaciones públicas. Esta labor se ha intensificado notablemente a partir de 2020, en consonancia con las directrices europeas y estatales en materia de *competition advocacy*.

Un elemento central de esta estrategia ha sido la incorporación de la cultura de *compliance* en materia de competencia[21], tanto en el sector privado como en el ámbito público. La AVC ha promovido activamente la adopción de programas de cumplimiento normativo, subrayando su relevancia no solo como instrumento preventivo, sino también como factor atenuante en el marco del derecho sancionador de la competencia. En este contexto se inscribe la aprobación y difusión del "Programa de Clemencia de la Autoridad Vasca de la Competencia", que, además de regular los beneficios para los solicitantes de clemencia, cumple una función pedagógica al describir de forma detallada las conductas sancionables y las consecuencias jurídicas de la infracción.

En materia de contratación pública la AVC ha insistido de forma reiterada en la necesidad de que los poderes adjudicadores integren criterios de competencia en el diseño de los pliegos, la estructuración de los lotes y la evaluación de las ofertas. Las memorias de actividad más recientes destacan la realización de acciones formativas dirigidas a personal técnico de administraciones públicas, así como la colaboración con órganos de control interno y de prevención del fraude. Esta aproximación preventiva se ha visto reforzada en 2025 con la incoación de nuevos expedientes sancionadores por presunto reparto de licitaciones públicas en contratos gestionados por la sociedad pública Alokabide, lo que evidencia la complementariedad entre la función sancionadora y la labor de promoción de la competencia. En conjunto, el análisis del período 2010–2025 permite afirmar que la Autoridad Vasca de la Competencia ha articulado un modelo de intervención que combina de manera coherente la represión de las conductas anticompetitivas más graves, particularmente en el ámbito de la contratación pública, con una estrategia sostenida de promoción de la competencia y fomento del *compliance*.

La Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía (ADCA), actualmente Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía (ACREA), ha desempeñado un papel relevante en la aplicación descentralizada del Derecho de la competencia, particularmente en mercados locales y en sectores estrechamente vinculados a la contratación pública y a la prestación de servicios de interés general. Aunque su actividad sancionadora no ha alcanzado el volumen cuantitativo de otras autoridades autonómicas, las resoluciones dictadas evidencian una orientación clara hacia la persecución de conductas con impacto directo sobre el gasto público y sobre la estructura competitiva de mercados de proximidad.

Entre las resoluciones más recientes y significativas se encuentra la Resolución S 01/2024, de 14 de marzo de 2024, conocida como el caso del *Tanatorio de Montoro*, en la que la autoridad andaluza declaró la existencia de un abuso de posición dominante en el mercado local de servicios funerarios. En este expediente, la ACREA consideró acreditado que la empresa titular de la infraestructura funeraria había desarrollado prácticas de exclusión consistentes en la denegación injustificada de acceso a competidores, restringiendo de forma efectiva la entrada y permanencia de otros operadores en el mercado. La resolución resulta particularmente

[21] A finales de noviembre 2023 culminó el proceso de redacción y aprobación de la norma UNE 19603:2023 Sistemas de Gestión de *Compliance* de Libre Competencia promovido por la Autoridad Vasca de la Competencia (LEA/AVC) desde 2021. Esta norma técnica permitirá que las empresas puedan certificar sus programas de cumplimiento en esta materia.

relevante desde una perspectiva doctrinal, en la medida en que reafirma la aplicabilidad del artículo 2 de la Ley 15/2007 a mercados geográficamente reducidos y caracterizados por elevadas barreras estructurales de entrada, subrayando que la dimensión local del mercado no atenúa, sino que en determinados contextos intensifica, los efectos anticompetitivos de las conductas abusivas.

Junto a este expediente, la actividad sancionadora de la ADCA/ACREA ha incluido resoluciones relevantes en el ámbito de la contratación pública, con especial atención a los riesgos de coordinación entre licitadores en contratos de obras y servicios. En este contexto se inscribe la Resolución S 08/2023, de 4 de mayo de 2023, relativa a la conservación de carreteras, en la que se analizaron indicios de coordinación de comportamientos empresariales en licitaciones públicas de mantenimiento vial. Este tipo de actuaciones pone de manifiesto la preocupación de la autoridad andaluza por los efectos particularmente lesivos que las prácticas colusorias generan sobre la eficiencia del gasto público, así como por la necesidad de preservar condiciones de competencia efectiva en sectores caracterizados por la reiteración de procedimientos de adjudicación y un número limitado de operadores. Desde una perspectiva más general, las resoluciones[22] dictadas por la ADCA/ACREA reflejan una praxis sancionadora prudente pero consistente[23], centrada en conductas que afectan de manera directa a mercados locales y a servicios esenciales, así como en ámbitos en los que la intervención pública como demandante incrementa los incentivos a la colusión.

La ADCA incoó un expediente sancionador contra el Colegio Notarial de Andalucía por posibles acuerdos colusorios derivados del reparto de mercado mediante normas internas disciplinarias que afectaban al acceso de profesionales al mercado siendo relevante desde nuestro punto de vista porque apunta a la intervención de la autoridad en un mercado profesional local, donde normas internas de un colegio profesional pueden tener efectos restrictivos de la competencia. Aunque de naturaleza más técnica, el caso subraya la atención de la ADCA/ACREA en mercados con barreras de entrada regulatorias propias.

Recientemente destaca la declaración mediante Resolución S/03/2025, CONTRATACIÓN TAC SAS[24] de la existencia de una conducta anticompetitiva prohibida por los artículos 1.1.a) y 1.1.c) de la LDC, por la fijación de precios y el reparto del mercado, consistente en la constitución de un cártel para la fijación de los precios de adjudicación de las agrupaciones para la realización de TAC en la provincia de Cádiz, objeto del expediente de contratación SIGLO 784/2022 - Nº CCA: 66RG8KP promovido por el SAS, y para el reparto de dichas agrupaciones.

---

[22] La praxis sancionadora de la ADCA/ACREA se manifiesta en la incoación y resolución de expedientes que afectan a mercados tradicionales de proximidad, como el de las autoescuelas de Huelva por intercambios de información sobre precios, o el sector de la construcción en el ámbito de las licitaciones públicas, donde se investigaron supuestas prácticas colusorias entre operadores. Asimismo, la agencia ha actuado frente a posibles restricciones profesionales impuestas por un colegio profesional y ha sancionado conductas que obstruyen su labor investigadora, lo que evidencia su **capacidad para abordar tanto conductas anticompetitivas claras como aquellas que surgen en contextos altamente regulados o con fuerte presencia de la Administración pública**.

[23] 2023, Asociación radio-Taxi Benalmádena, 2024, Tanatorio Montoro, 2023, Conservación de carreteras, 2022, Ayuntamiento de Fuentes de Andalucía, 2021, Cofradías de Pescadores, 2019, Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Málaga.

[24] Ver Resolución S/03/2025, CONTRATACIÓN TAC SAS

En los últimos años la **Comisión Galega da Competencia (CGC)** ha instruido e impulsado expedientes en sectores relevantes para la economía gallega, con especial atención al ámbito de la contratación pública. Así, por lo que se refiere a la prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia son destacables, entre otras

(i) la Resolución 4/2020 – LICITACIÓN TRANSPORTE ESCOLAR, en la que la CGC constató la colusión entre varias empresas que acordaron sus ofertas en la licitación del transporte escolar a varios centros de enseñanza pública de las provincias La Coruña, Lugo y Orense para el curso 20182019;

(ii) la Resolución 5/2021 – LICITACIÓN SUMINISTRO USC, en la que consideró acreditada la colusión en un contrato público para el suministro de una línea de equipamiento para realización de láminas de madera unidas mediante finger-joint;

(iii) la Resolución 1/2025 – LICITACIÓN ACCIONES FORMATIVAS DE EMPLEO, mediante la cual se ha considerado acreditado un cártel entre dos empresas para presentarse a la licitación para la contratación de un servicio de organización e impartición de acciones formativas del Servicio Municipal de Empleo y Empresas del Ayuntamiento de La Coruña. Hay que destacar además que, en todas ellas, la CGC ha fijado directamente la duración y el alcance de la correspondiente prohibición de contratar con las administraciones públicas a las empresas sancionadas, siendo pionera en este sentido en España, junto con la Autoridad Catalana de la Competencia.

Por otra parte, la CGC también ha sido precursora en España en la aplicación del artículo 3 de la LDC a actuaciones de empresas licitadoras. Así, el 8 de julio de 2020, la CGC dictó la Resolución 3/2020 – ARRIVA NOROESTE S.L. (en la actualidad, ARRIVA GALICIA, S.L.), donde declaró acreditada una práctica desleal con afectación al interés público, al haber aportado la empresa sancionada información falsa durante el procedimiento de licitación pública en relación con el número de trabajadores que cumplían los requisitos para poder ser subrogados. Posteriormente, en su Resolución 3/2021 – LICITACIÓN UNIVERSIDAD DE VIGO, la conducta desleal sancionada consistió en la aportación, por parte de la empresa concesionaria, de datos falsos al órgano de contratación sobre los costes laborales, aumentando así artificialmente los costes laborales de los trabajadores a subrogar reflejados en los pliegos. Más recientemente, en su Resolución de 9/2024 – LICITACIÓN SERVICIOS LIMPIEZA, DESINFECCIÓN Y GESTIÓN RESIDUOS, de 15 de noviembre de 2024, ha sancionado una infracción del artículo 3 al presentar dos empresas del mismo grupo ofertas coordinadas, no independientes ni autónomas, incumpliendo lo previsto en el art. 139.3 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público. Desde la perspectiva de la aplicación del artículo 2 de la LDC, la Resolución de la CGC 4/2022 – TANATORIO DE POIO ha sancionado una práctica abusiva, desarrollada por las empresas SEPELIOS SAN MARCOS, S.L. y TANATORIO DE POIO, S.L., mediante la imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos y la negativa injustificada a satisfacer las demandas de compra de productos o de prestación de servicios.

En el campo de la promoción de la competencia la CGC destaca por los criterios aprobados en informe IPRO 1/2024 "*Criterios sobre los requisitos que deben cumplir las solicitudes que*

se presenten para la revisión de las prohibiciones de contratar (self-cleaning) aprobadas en las resoluciones de la Comisión Galega da Competencia" que tiene por finalidad orientar a los operadores económicos cuando presenten sus solicitudes de *self cleaning* a la CGC al objeto de obtener la exención de la prohibición que regula en el art. 72.5 de la Ley de Contratos del Sector Público donde establece que podrá ser revisada la prohibición de contratar declarada cuando la empresa sancionada:

1. Acredite el pago o compromiso de pago de la multa.

2. Adopte medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas para evitar la comisión de futuras infracciones administrativas[25][26].

También resaltar el informe IPRO 3/2023; el objeto del mismo fue la realización de una consulta a los efectos de elaborar un informe sobre el grado de compromiso e implantación en el sector empresarial gallego de los criterios o programas de cumplimiento en materia de competencia que muestren el grado de (i) esfuerzo realizado por la dirección de la organización de cara a asegurar el cumplimiento de los programas de cumplimiento en materia de competencia y (ii) la existencia de recursos adecuados (humanos, financieros y materiales) suficientes destinados al programa de cumplimiento en materia de competencia.

4. Conclusiones

El análisis realizado permite afirmar que las autoridades autonómicas de competencia desempeñan un papel decisivo en la efectividad del sistema español de defensa de la competencia, particularmente en aquellos ámbitos en los que la proximidad territorial facilita la detección de conductas colusorias y abusivas que difícilmente serían priorizadas por la autoridad nacional. La experiencia acumulada en Cataluña, Euskadi, Andalucía y Galicia muestra que el modelo descentralizado no ha generado una fragmentación disfuncional del *enforcement,* sino una ampliación sustancial de su alcance material.

Al mismo tiempo, las resoluciones examinadas ponen de manifiesto la existencia de enfoques diferenciados entre autoridades autonómicas, tanto en la intensidad sancionadora como en la utilización de instrumentos complementarios, como la fijación directa de prohibiciones de contratar o la aplicación del artículo 3 de la Ley de Defensa de la Competencia en el ámbito de

[25] Acreditado el pago, conforme el artículo 72.5 de la LCSP 9/2017, la exoneración de la sanción de prohibición de contratar exige la implementación real de medidas efectivas en la estructura de la empresa, tal como señala la Audiencia Nacional en su sentencia de fecha 16/02/2024. También la Directiva 2014/24 nos indica el contenido a observar en las medidas de selfcleaning. En concreto, el Considerando 102 de esta Directiva hace referencia a:

- Medidas que afecten al personal y la organización.
- Medidas adecuadas de reorganización del personal.
- Implantación de sistemas de información y control.
- Creación de una estructura de auditoría interna para supervisar el cumplimiento.
- Adopción de normas internas de responsabilidad e indemnización.

[26] Resolución 2/2025 de vigilancia parcial para la valoración de medidas correctoras implantadas que puedan conducir a la exención o modulación de la prohibición de contratar impuesta en expediente S/14/2018-LICITACIÓN URBANIZACIÓN ZONA FRANCA VIGO

la contratación pública. Estas diferencias, lejos de ser necesariamente negativas, reflejan la capacidad de adaptación del derecho de la competencia a realidades económicas territoriales diversas, aunque exigen mecanismos de coordinación efectivos para preservar la coherencia del sistema.

No obstante, el modelo presenta límites evidentes. La desigualdad de recursos humanos y tecnológicos entre comunidades autónomas, unida a los retos derivados de la digitalización y del uso creciente de algoritmos en los mercados, amenaza con generar una aplicación asimétrica del derecho de la competencia. En este contexto, la colaboración reforzada con la CNMC y el desarrollo de capacidades técnicas avanzadas se revelan como condiciones indispensables para garantizar que el *enforcement* descentralizado siga siendo eficaz y creíble.

En definitiva, las autoridades autonómicas han dejado de ser actores secundarios para convertirse en jueces administrativos de proximidad con una incidencia real sobre el funcionamiento competitivo de los mercados locales. Su consolidación futura dependerá, en última instancia, de que el legislador y los poderes públicos reconozcan plenamente su papel estructural dentro del sistema español de defensa de la competencia y les doten de los medios necesarios para afrontar los desafíos de la economía contemporánea.

Todo ello con el objetivo de (i) proteger a los consumidores para conseguir mejores precios, más opciones y mayor calidad; (ii) fomentar la innovación y la eficiencia lo que genera presiones competitivas y por ello obliga a las empresas a mejorar para competir y (iii) garantizar un terreno de juego equitativo para que todos los operadores tengan oportunidades justas y leales de participar en el mercado.

Bibliografía

ADCA/ACREA, incoación de expediente sancionador contra Gasauto SCA (2016), recogida en prensa jurídica y económica especializada.

ADCA/ACREA, incoación de expedientes sancionadores a empresas del transporte de viajeros en Huelva (2019), comunicado institucional y notas de prensa.

ADCA/ACREA Resoluciones 2023, Asociación radio-Taxi Benalmádena, 2024, Tanatorio Montoro, 2023, Conservación de carreteras, 2022, Ayuntamiento de Fuentes de Andalucía, 2021, Cofradías de Pescadores, 2019, Colegio Oficial de Aparejadores y Arquitectos Técnicos de Málaga en https://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/defensa-de-la-competencia/consulta-de-expedientes-y-resoluciones/index.html

AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, Programa de Clemencia, 2025, con referencia a sanciones en el sector del transporte de viajeros (2017). En competencia.euskadi.eus

AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, Resoluciones sancionadoras en sectores de restauración y autoescuelas, citadas en el Programa de Clemencia. En competencia.euskadi.eus.

AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, Memoria de actividad 2022 y Memoria de actividad 2023.

AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, Resolución sancionadora contra el Colegio Notarial del País Vasco, 2024 (nota de prensa institucional).

AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, Resolución por abuso de posición dominante contra Tanatorio Donostialdea-Donostialdeko Beilatoki, S.A., 2024.

AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, Programa de Clemencia y documentos sobre compliance en competencia, competencia.euskadi.eus.

AUTORIDAD VASCA DE LA COMPETENCIA, Incoación de expedientes sancionadores por reparto de licitaciones de Alokabide, 2025 (comunicación pública).

AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETÈNCIA, *Resoluciones sancionadoras en materia de asociaciones y colegios profesionales*, varios expedientes, 2010–2019, disponibles en el repositorio oficial de la ACCO.

AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETÈNCIA, *Resoluciones en mercados locales de servicios y concesiones administrativas*, varios expedientes, 2011–2018.

AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETÈNCIA, Resolución del expediente sancionador 109/2021, de 31 de octubre de 2023 (Associació d'Escoles Privades Independents de Catalunya).

AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETÈNCIA, Resoluciones de los expedientes 80/2016 y 107/2020, sector fisioterapia, publicadas el 12 de enero y el 27 de mayo de 2024.

AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETÈNCIA, Resolución R 1/2024, Contratación del servicio de bus diurno y nocturno del Barcelonès Nord, 2 de septiembre de 2024.

AUTORITAT CATALANA DE LA COMPETÈNCIA, Resoluciones R 1/2025, R 2/2025, R 3/2025 y expediente 116/2022, publicadas en octubre y diciembre de 2025. disponibles en el repositorio oficial de la ACCO.

COMISIÓN GALEGA DA COMPETENCIA. IPRO 3/2023 "informe sobre el grado de compromiso e implantación en el sector empresarial gallego de los criterios o programas de cumplimiento en materia de competencia"

COMISIÓN GALEGA DA COMPETENCIA. IPRO 1/2024 "Criterios sobre los requisitos que deben cumplir las solicitudes que se presenten para la revisión de las prohibiciones de contratar (self-cleaning) aprobadas en las resoluciones de la Comisión Galega da Competencia"

COMISIÓN GALEGA DA COMPETENCIA. Resolución 3/2020 Arriva Noroeste S.L.

COMISIÓN GALEGA DA COMPETENCIA. Resolución 4/2020 Licitación Transporte escolar.

COMISIÓN GALEGA DA COMPETENCIA. Resolución 3/2021 Licitación Universidade de Vigo.

COMISIÓN GALEGA DA COMPETENCIA. Resolución 5/2021 Licitación Suministro USC.

COMISIÓN GALEGA DA COMPETENCIA. Resolución 4/2022 Tanatorio de Poio.

COMISIÓN GALEGA DA COMPETENCIA. Resolución de 9/2024 Licitación servicios limpieza, desinfección y gestión de residuos.

COMISIÓN GALEGA DA COMPETENCIA. Resolución 1/2025 Licitación Acciones Formativas de empleo.

CONSEJO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA, Resolución S 05/2011, de 20 de junio, del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía (Universidad Internacional de Andalucía), disponible en repositorios jurídicos como Iberley

CONSEJO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA, Resolución de 2 de mayo de 2018 (ASV Funeser, S.L.); STSJ de Andalucía (Sala de lo Contencioso-Administrativo), confirmatoria parcial.

CONSEJO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA, Resolución S 08/2023, de 4 de mayo, del Consejo de la Competencia de Andalucía. (Conservación de carreteras)

CONSEJO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ANDALUCÍA, Resolución S 01/2024, de 14 de marzo, del Consejo de la Competencia de Andalucía (Tanatorio de Montoro)

ESPAÑA, Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

ESPAÑA, Ley 1/2009, de 12 de febrero, de la Autoritat Catalana de la Competència.

ESPAÑA, Ley 1/2012, de 2 de febrero, de la Autoridad Vasca de la Competencia.

OCDE, *Preventing Collusion in Public Procurement*, 2012; CNMC, *Guía sobre contratación pública y competencia*, varias ediciones.

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA, asuntos C-309/99, *Wouters*, y C-67/13 P, *Cartes Bancaires*.

WHISH, R.; BAILEY, D., *Competition Law*, Oxford University Press, 10.ª ed., 2021.

Public enforcement against restrictive agreements: the practice of the Spanish Competition Authority (2009-2025)

Authors:

Daniel García-Zarza Martínez, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia

Pablo Ibáñez Colomo, London School of Economics and College of Europe

Abstract:

This article analyses the evolution of the activity and the priorities of the Spanish Competition Authority when enforcing Articles 1 of Law 15/2007 and 101 of the TFEU. It considers the period between that followed the entry into force of Law 15/2007 until the end of 2025. It provides both a quantitative and a qualitative perspective of the Authority's practice. The article offers a comparative angle, with a particular emphasis on the European Commission's activity over the past two decades.

Keywords:

Horizontal agreement, cartel, vertical agreement, collusion, commitments.

JEL codes:

K21, L41

1. Introducción

The entry into force of Regulation 1/2003[1] was a watershed moment in European competition law, and this for several reasons. Commentators tend to place an emphasis on the decentralisation of the interpretation and application of Article 101(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter, TFEU) – what came to be known as the 'Big Bang'.[2] A perspective of two decades suggests that this factor, however revolutionary at the time, may not have been the most consequential in practice. In hindsight, it looks like the most significant and lasting impact of the regime has probably been the change it triggered on the public enforcement of competition law at the national level. Because Regulation 1/2003 gave the European Commission much greater leeway to decide on its enforcement priorities, it also placed more demands on national competition authorities. This institutional choice favoured – if not forced – the coming of age of national systems.

An emblematic milestone marking the transition to a new model in Spain was the creation of a new competition authority – the *Comisión Nacional de la Competencia* – by virtue of Law 15/2007.[3] This body, which would be subsequently replaced by the *Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia*,[4] replaced the *Tribunal de Defensa de la Competencia*, laid down the foundations for a competition law regime that would be comparable to that enforced by the European Commission. In this vein, the investigation and decision-making functions, which were divided under the previous regime, were amalgamated into a single body. Beyond the integration of functions, Law 15/2007 strengthened the existing mechanisms to make enforcement more effective and bring it in line with Regulation 1/2003. For instance, the new regime enabled the new authority to adopt commitment decisions and therefore close investigations without the need to adopt an infringement decision.[5]

This paper considers how, following the entry into force of Law 15/2007, the *Comisión Nacional de la Competencia* and the *Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia* (hereinafter collectively referred to as the 'Spanish Competition Authority') have made use of their powers in relation to agreements, concerted practices and decisions by associations of undertakings that may restrict competition. The analysis is both quantitative and qualitative. It is quantitative in the sense that it is based on a systematic review of all decisions adopted pursuant to Article 1 of Law 15/2007[6] and/or Article 101 TFEU. It considers all of the activity of the Spanish Competition Authority from 2009 until the end of 2025. The analysis covers both decisions establishing an infringement[7] – functionally equivalent to those adopted by

[1] Council Regulation (EC) No 1/2003 of 16 December 2002 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty [2003] OJ L1/1.

[2] VAN BAEL, I. 'A "Big Bang" in EC Antitrust Enforcement Procedure' in *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe / 30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe*, P.I.E. – Peter Lang, Bruxelles, Bruxelles, Bern, Berlin, Frankfurt am Main, New York, Oxford, Wien, 2005.

[3] Law 15/2007 of 3 July on the Defence of Competition, Official State Gazette (*Boletín Oficial del Estado*, BOE) No. 159 of 4 July 2007.

[4] Law 3/2013 of 4 June establishing the National Commission on Markets and Competition (CNMC), BOE No. 134 of 5 June 2013.

[5] Article 52 Law 15/2007.

[6] Article 1 of Law 15/2007 is virtually identical in its content and structure to Article 101 TFEU.

[7] Ibid, Article 53.

the European Commission pursuant to Article 7 of Regulation 1/2003[8] – and decisions accepting commitments – and thus analogous to so-called Article 9 decisions under Regulation 1/2003.[9]

The analysis is qualitative, in turn, in that it looks beyond the aggregate figures and seeks to build a narrative shedding light on the evolution of the enforcement priorities of the Spanish Competition Authority. This qualitative perspective tells a story that is consistent with the ambitions underpinning the adoption of Law 15/2007, namely the introduction of a regime that would lead over time to the coming of age of competition law enforcement in Spain. The early administrative practice under the regime is of the sort that one would expect in a jurisdiction where a competition law culture has not yet been fully developed. Accordingly, the focus was placed on blatant cartel and cartel-like behaviour, often in tightly regulated sectors and professions. Over time, enforcement converged with the EU one. It is now confronted with the same dilemmas and challenges.

Both perspectives on the enforcement activity of the Spanish Competition Authority are presented and organised as follows. Section 2 focuses on the quantitative aspects. It considers enforcement from a variety of angles, including the overall levels of activity, the mechanisms by which the policy objectives are attained and the areas of activity that have been prioritised. The single most salient factor that stems from this analysis is the progressive decline in enforcement. Section 3, in turn, focuses on the qualitative dimension. In this sense, it seeks to provide potential explanations for the trends observed in the preceding one – including the decline in enforcement, mentioned above – and to anticipate future trends in the evolution of the regime. Wider trends manifested across Europe – including the fall of cartel enforcement and of leniency applications – are part of the discussion.

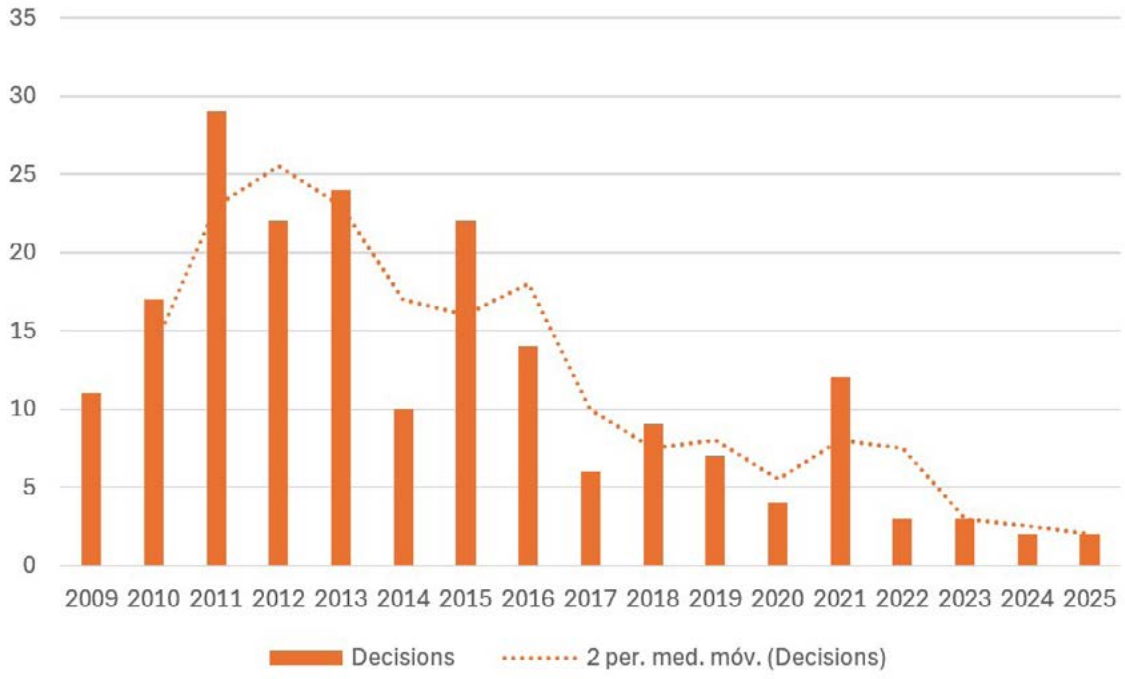
2. Quantitative perspective

Levels of activity

The overall levels of activity of the Spanish Competition Authority are captured in Figure 1. One can identify three clear trends. First, the early days of enforcement are marked by a steady increase in activity, up from a total of 11 decisions in 2009 to a peak of 29 decisions in 2011. This first period is followed by one of moderate decline up until the Covid-19 pandemic. This period of steady fall – from 24 and 22 decisions observed in, respectively, 2013 and 2015, to 7 and 4 decisions in 2019 and 2020 – gave way to the current post-pandemic era, which sees the adoption of 2 or 3 decisions in any given year. The potential explanations behind the progressive decline in enforcement are discussed in Section 3. It makes sense to mention at this stage, however, that the data does not appear to suggest an abrupt change following the creation of the *Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia* to replace the *Comisión Nacional de la Competencia*.

[8] Article 7 Regulation 1/2003.
[9] Article 9 Regulation 1/2003.

Figure 1.
Total article 1 Law 15/2007 and 101 TFEU decisions (2009–2025)



Source: own elaboration based on publicly available data (www.cnmc.es)

Enforcement instruments

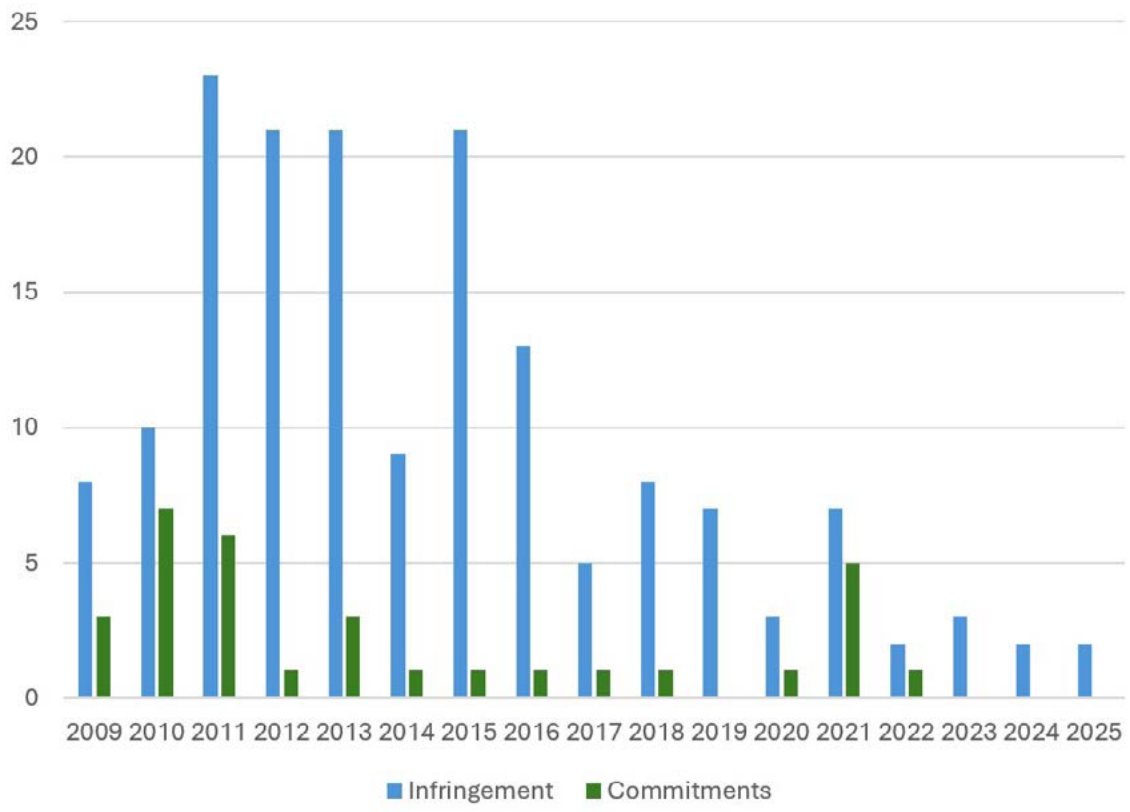
As mentioned in the introduction, proceedings before the Spanish Competition Authority are brought to an end in two main ways. First, by means of an infringement decision; and second, by making the commitments offered by the parties binding upon them. There is no difference in this sense between the EU and the Spanish regimes. The difference is one of focus of enforcement, rather than one of principle. One of the most salient trends in EU competition law over the past decade, in fact, has been the prominent role of commitment decisions in the makeup of the European Commission's administrative practice over the past three decades[10], particularly during the first decade under the regime introduced by virtue of Regulation 1/2003.[11]

[10] DUNNE, N. *Commitment Decisions in EU Competition Law*. Journal of Competition Law and Economics, 2014, 10(2), 399–444,

[11] See in this regard EUROPEAN COMMISSION *EX post evaluation of the implementation and effectiveness of EU antitrust remedies*, 2025, available at https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/53e9348d-4f11-46ef-9098-526e24313ee8_en, p. 64. (accessed 30 January 2026).

The figure is markedly lower at the Spanish level. Figure 2 captures the pre-eminence of infringement decisions in the enforcement landscape, at least when one considers the activity of the Spanish Competition Authority. It is not necessary to engage in detailed calculations to see that commitment decisions have occupied a considerably less important place in the Spanish system. In spite of an auspicious start, visible in 2010 and 2011, subsequent years revealed minimal enforcement by means of this instrument. From 2014 onwards, the Spanish Competition Authority adopted, at most, one commitment decision in a given year; what is more, it has not issued a single one since 2022. The observed discrepancy between the EU and Spanish levels of enforcement may be partly explained by the priorities set by each of the authorities. This point is addressed in the next section.

Figure 2.
Infringement and commitment decisions, by year (2009–2025)



Source: own elaboration based on publicly available data (www.cnmc.es)

Focus of enforcement

The enforcement priorities become apparent when one pays attention to Figure 3. The activity of the Spanish Competition Authority has focused on two categories of conduct, which

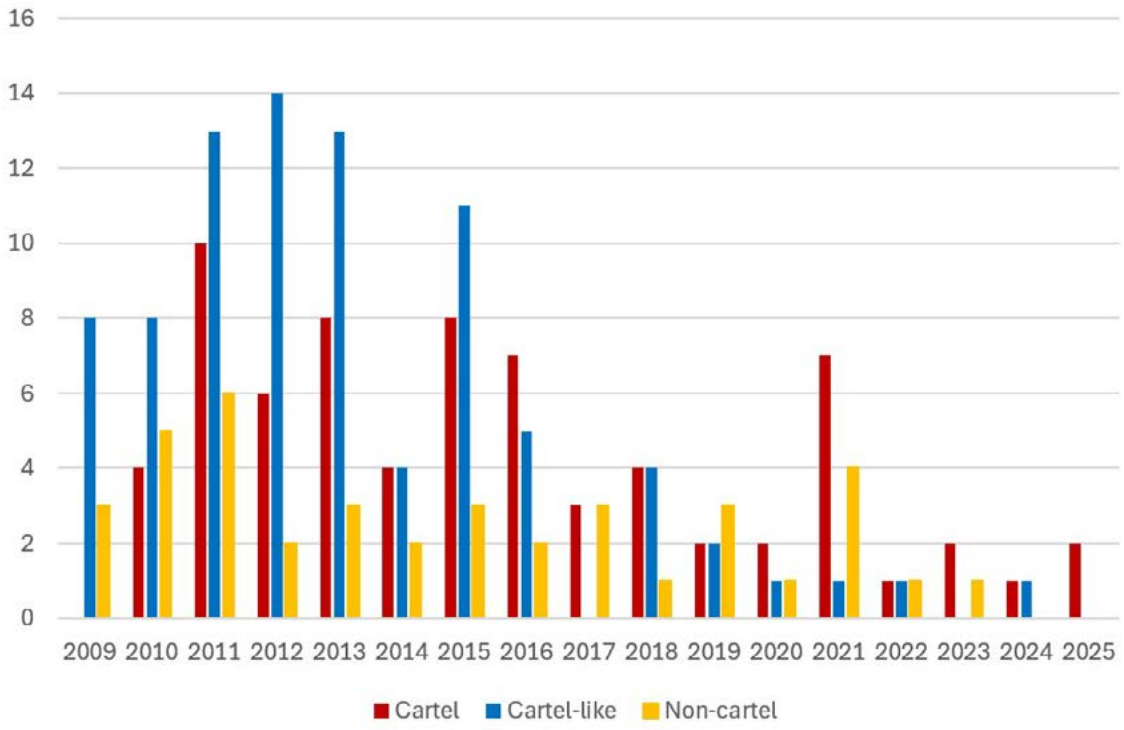
are labelled, respectively, cartel and cartel-like. Several reasons justify the use of these categories. To begin with, the Spanish Competition Authority was initially inconsistent in the formal categorisation of conduct as a cartel. Its approach differed, in this sense, from the treatment of these practices by the European Commission following the adoption of Regulation 1/2003. Second, conduct categorised as 'cartel-like' often differs from the typical cartel in a number of respects. Unlike the latter, it is not uncovered by means of a leniency application or a request of information aimed at putting together fragmentary evidence. Typically, cartel-like conduct is not concealed from public authorities. The category comprises, instead, regulatory or quasi-regulatory obligations imposed by a professional or trade association. More than anything, this category betrays the absence of a 'competition law culture' in some sectors of the economy.

It makes sense to provide some examples so as to capture the essence of what is meant by 'cartel-like' conduct. In *Asociación de Editores de Diarios Españoles*,[12] for instance, the Spanish Competition Authority expressed concerns with a number of restraints issued by an association of press publishers. The said restraints were found to have, as their object, the coordination of the copyright licensing activities by its members and were as such found to be restrictive of competition by their very nature. A similar scenario was considered in *Asociación Española de Radiodifusión Comercial*.[13] Other cases dealing with cartel-like conduct concern the setting of tariffs by professional associations. Among others, this behaviour was considered in *Autores Literarios de Medios Audiovisuales*.[14]

Figure 3 usefully illustrates how the ratio between cartel and cartel-like conduct evolved over time. The latter dominated enforcement in the early years. Their peak coincided with the highest levels of activity overall. For instance, more than 50% of decisions were cartel-like ones in 2012 and 2013, just to mention the most salient examples. The priorities evolved, and cartel conduct progressively became the focus of the Spanish Competition Authority. These cases overtook cartel-like conduct for the first time in 2016 and, in a context of overall decline of enforcement, have become the core priority – it is, in fact, the only category that is represented in every given year since 2017. The status of cartels in the enforcement landscape is very much in line with the way in which the European Commission chose to make use of its resources in the years that followed the adoption of Regulation 1/2003 – that is, before the decline of cartel enforcement observed in recent years.[15]

[12] Decision of 10 May 2011, case 2761/07 *Asociación de Editores de Diarios Españoles*.
[13] Decision of 7 April 2016, case S/0518/14 *Asociación Española de Radiodifusión Comercial*.
[14] Decision of 3 October 2012, case S/0371/11 *Autores Literarios de Medios Audiovisuales*.
[15] See European Commission statistics on cartel decisions at European Commission cartel cases and statistics (accessed 30 january 2026).

Figure 3.
Cartel, cartel-like and non-cartel decisions, by year (2009-2025)



Source: own elaboration based on publicly available data (www.cnmc.es)

As far as non-cartel cases are concerned, Figure 4 adds some insights regarding the enforcement priorities of the Spanish Competition Authority. What stands out immediately – in particular when compared with administrative action at the EU level[16] – is that around half of non-cartel cases concern vertical restraints.[17] Other cases feature vertical licensing[18] and horizontal cooperation (with a particular emphasis on the acquisition and exploitation of television content[19]). It is worth mentioning, finally, that a significant fraction of non-cartel practice concerns collective bargaining agreements. The focus on these practices, which may be unusual in a pan-European context, is not so surprising when put in perspective. These cases

[16] See in particular Commission Decision of 9 July 2019 case AT.40432 *Character merchandise*.

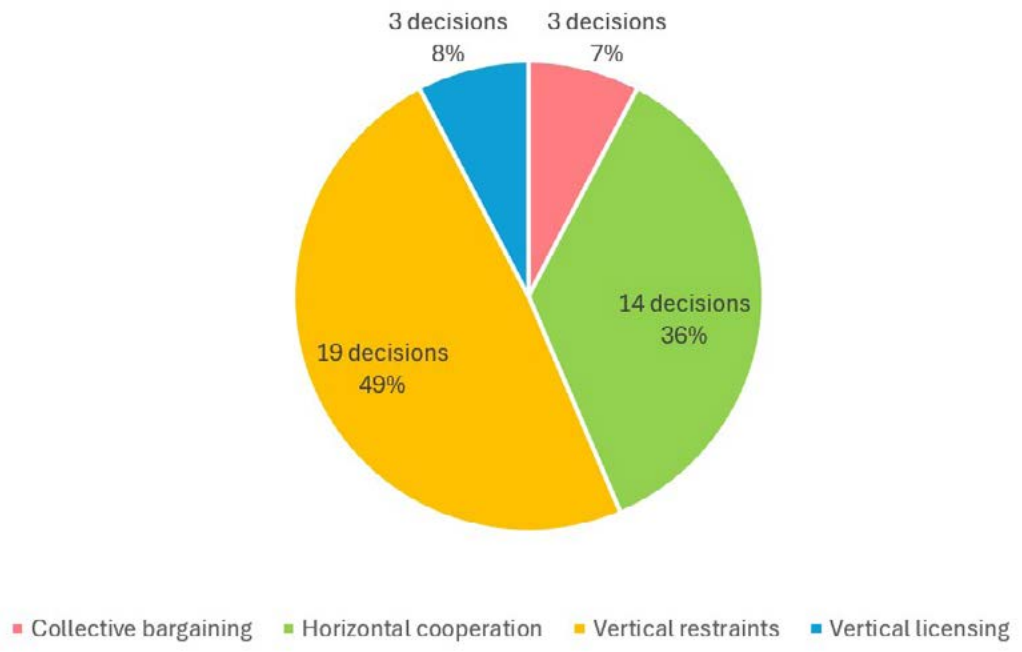
[17] See in particular decision of 29 July 2019 case 2697/06 CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A., which has been a recurrent issue in Spanish competition law; decision of 13 September 2010 case S/0162/09 SEMILLAS DE GIRASOL, on the distribution of seeds; and decision of 6 February 2020 case S/0631/18 ADIDAS ESPAÑA, on online distribution.

[18] See in particular the two instalments of the Mediapro saga – decisions of 17 March 2011 case S/0153/09 MEDIAPRO and 7 February 2018 case S/DC/0604/17 MEDIAPRO FÚTBOL; and decision of 4 July 2013 case S/0312/10 CARPA DORADA Y CLUB DE VARIEDADES VEGETALES PROTEGIDAS, on the licensing of plant varieties.

[19] Decisions of 30 June 2010, case S/0245/10 ANTENA 3/VEO TELEVISION; 28 January 2010 case S/0020/07 TRIO PLUS; 7 February 2018 case S/DC/0604/17 MEDIAPRO FÚTBOL; 14 April 2010 case S/0006/07 AVS, MEDIAPRO, SOGECABLE, Y CLUBS DE FUTBOL DE 1ª Y 2ª DIVISION.

appear to be aimed at tackling potentially restrictive practices in some sectors where a 'culture of competition' had yet to develop or remained weak. From this perspective, they appear to complement cartel-like cases which address the same reality.

Figure 4.
Non-cartel decisions, by type (2009-2025)



Source: own elaboration based on publicly available data (www.cnmc.es)

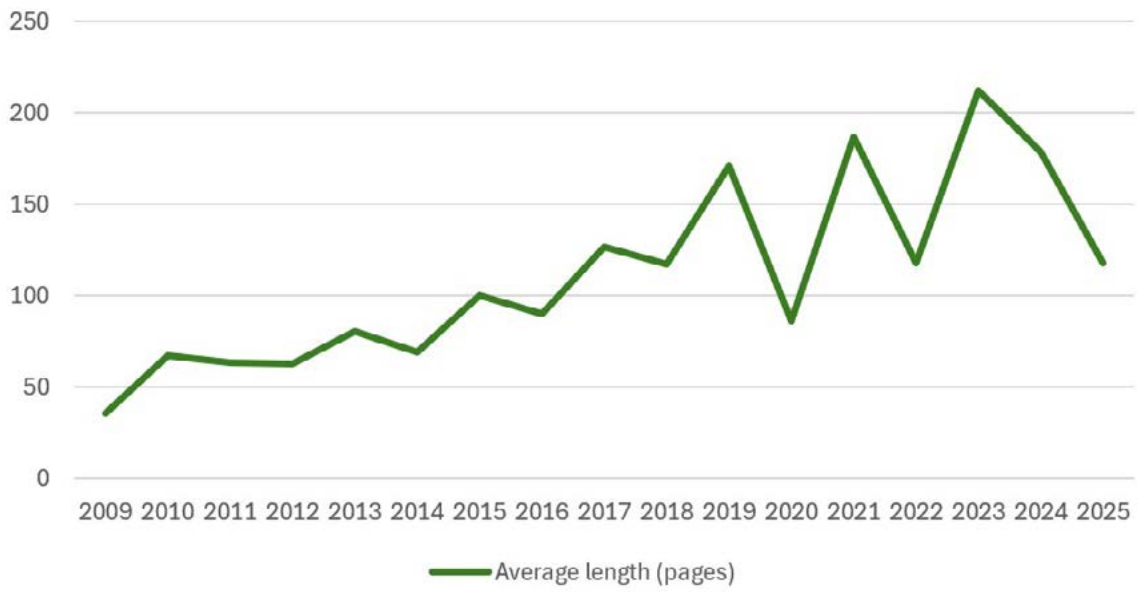
Style of enforcement

Some aspects about the Spanish Competition Authority's style of enforcement have already become apparent in the discussion above. It has been mentioned, for instance, that the analysis became more formal over time. As years went by, practices were explicitly and systematically characterised as a cartel where relevant. One can rely on other proxies to get a sense of the extent to which the style of enforcement evolved. A proxy that comes to mind in this sense is the length of the decisions. It would be reasonable to expect that relatively more rigorous decisions – both from a legal and an economic perspective – will tend to be, other things being equal, longer and more detailed.

The evolution of decision-making by the Spanish Competition Authority reveals a steady increase in the length of (both infringement and non-infringement) decisions. As shown in Figure 5, there is more than a four-fold difference between the average length of infringement decisions in 2009 (below 50 pages) and 2023, which represents the peak at over 200 pages. The conclusion does not change when one considers periods longer than a year. Between

2009 and 2013, there was not a single year when the average number of pages exceeded 100 pages. By contrast, the average exceeds 150 pages in the five-year period between 2021 and 2025. If there was any doubt, this trend is not specific to enforcement at the Spanish level. Similar empirical studies reveal a comparable rise in the length of decisions adopted by the European Commission.[20] The growing demands in terms of evidence, which are inevitably reflected in the length of decisions, are in fact a common theme in the literature.[21]

Figure 5.
Average length of sanctioning decisions (pages)



Source: own elaboration based on publicly available data (www.cnmc.es)

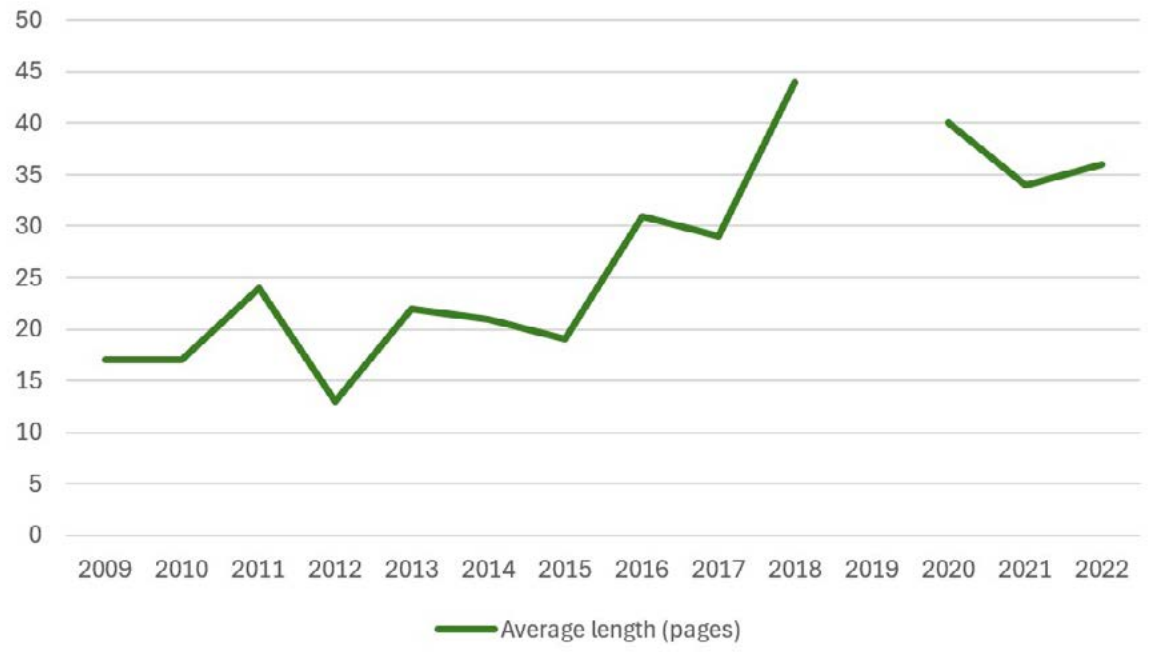
Figure 6, in turn, captures how the length of commitment decisions has evolved over time. The trend is similar in every way. One can observe an equally significant increase: the average extent of a decision stayed at 17 pages in 2009 but had climbed to 44 pages (in a single decision) by 2018. If anything, the pattern towards substantially longer decisions is all the more remarkable as far as these instruments are concerned. After all, a competition authority is not required to establish an infringement in this context; the point of the decision is instead

[20] IBÁÑEZ COLOMO, P.; KALINTIRI, A. The Evolution of EU Antitrust Policy: 1966–2017, *Modern Law Review*, 2020, vol. 83 (2), pp. 321-372.

[21] See, for example, SCHWEITZER, H.; DE RIDDER, S. How to Fix a Failing Art. 102 TFEU: Substantive Interpretation, Evidentiary Requirements, and the Commission's Future Guidelines on Exclusionary Abuses, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 15, Issue 4, June 2024, pp. 222–243.

to make the commitments binding upon the undertaking or undertakings concerned.[22] What is more, and to the extent that the said commitments are voluntarily offered by the parties themselves, these decisions are typically less likely to be challenged before a review court.

Figure 6.
Average length of commitment decisions (pages)



Source: own elaboration based on publicly available data (www.cnmc.es)

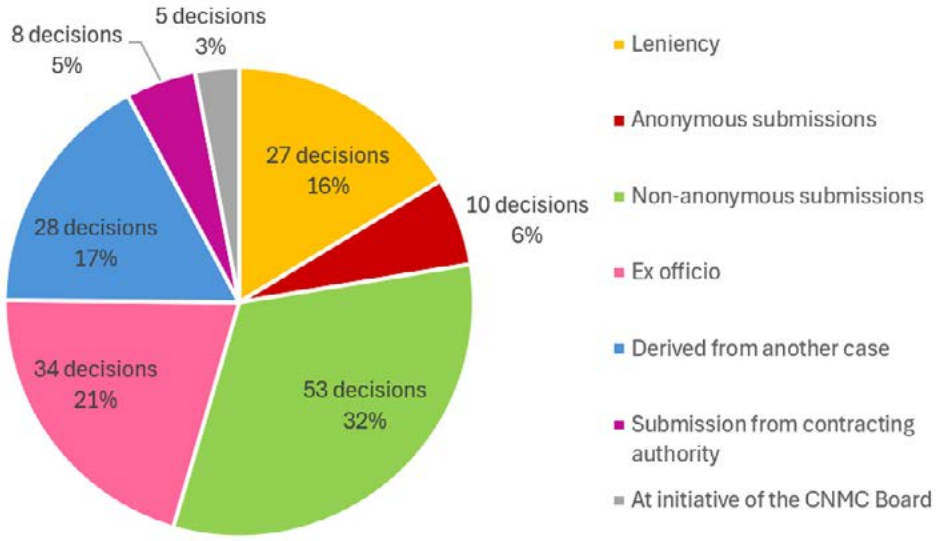
Sources of the investigations

One can identify, in the Spanish context, seven different ways in which a case can reach, or be initiated by, the Spanish Competition Authority, namely: non-anonymous submissions[23] (including, but not limited to, complaints); anonymous submissions; leniency applications (which, under the Spanish regime, are submitted pursuant to Article 65 of Law 15/2007); intelligence derived from another competition law investigation; referral by a public authority conducting, or having conducted, a public procurement procedure; ex officio investigations (that is, investigations that do not involve any third-party input); and, in a similar vein, investigations triggered at the initiative of the board of the authority (a possibility for which Article 49(1) of Law 15/2007 expressly provides).

[22] Letter of article 9 of regulation 1.
[23] Article 49(1) of Law 15/2007.

Figure 7 breaks down the infringement decisions adopted during the relevant period by reference to the source of the investigation. As can be seen, the three leading sources are: non-anonymous submissions (including complaints), which are at the origin of 32% of investigations; ex officio probes (21%) and investigations derived from another case, at 17%. These three sources are followed closely by leniency applications, which account for 16% of all investigations. All other sources are relatively marginal, with submissions by a public authority in the context of a tender and anonymous submissions both at 5% and investigations at the initiative of the Spanish Competition Authority at a mere 3%. These figures are to some extent counterintuitive. Given the weight of cartel and cartel-like enforcement in the activity of the Spanish Competition Authority, one could have expected leniency applications to feature more prominently.

Figure 7.
Sources of detection of infringements (2009-2025)



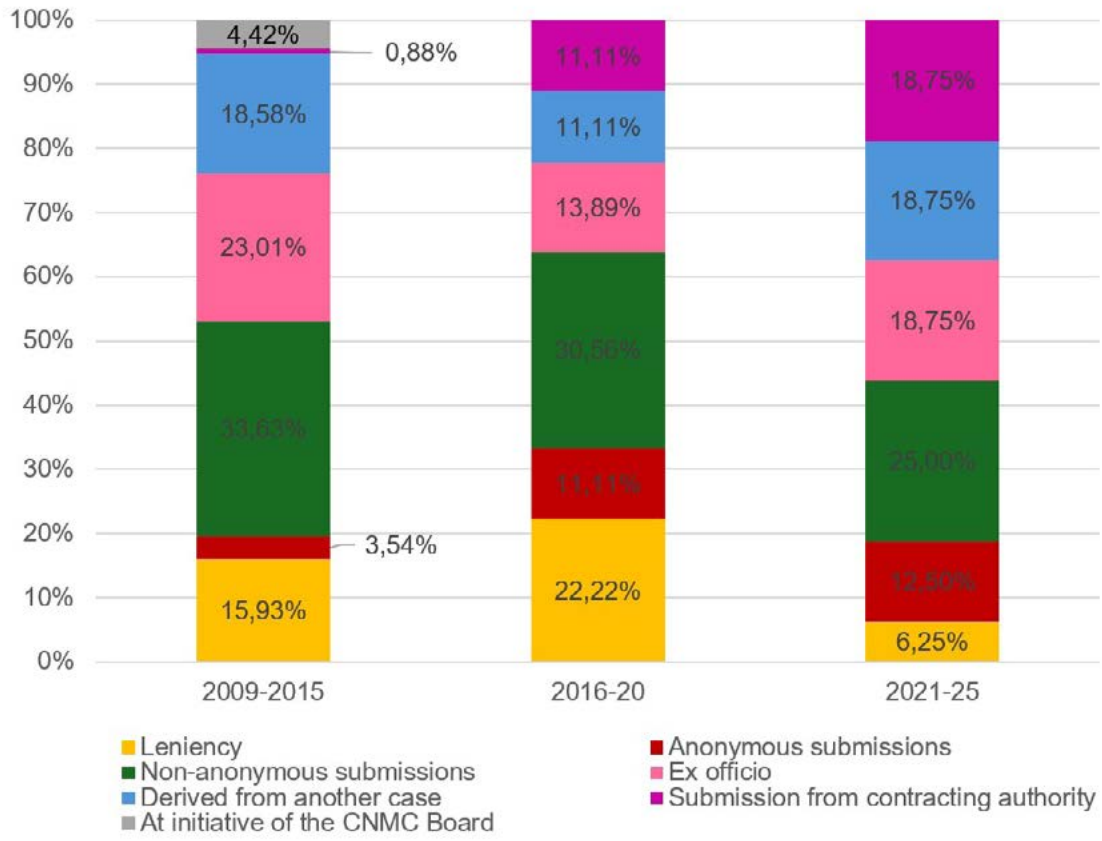
Source: own elaboration based on publicly available data (www.cnmc.es)

Figure 8 considers how the relative weight of each of the sources of investigation has evolved over the years. It does so by considering three periods, namely 2009-2015, 2016-2020 and 2021-2025. This exercise reveals the progressive decline of leniency applications in the enforcement landscape. Leniency applications were at the origin of over 20% of all decisions adopted within the second period (2016-2020) but amounted to just over 6% in the final period (2021-2025). Such a trend is not exclusive to the Spanish regime. The marked drop in leniency applications and the concomitant decline of cartel decisions are frequent themes in

the competition law literature.[24] This literature suggests that other developments in European competition law at large – and, more precisely, the measures introduced to actively promote private enforcement[25] – may have had the unintended consequence of deterring firms from seeking leniency from the authority.[26]

Figure 8.

Share of each source of detection in total sanctioning decisions, by period (2009-2025)



Source: own elaboration based on publicly available data (www.cnmc.es)

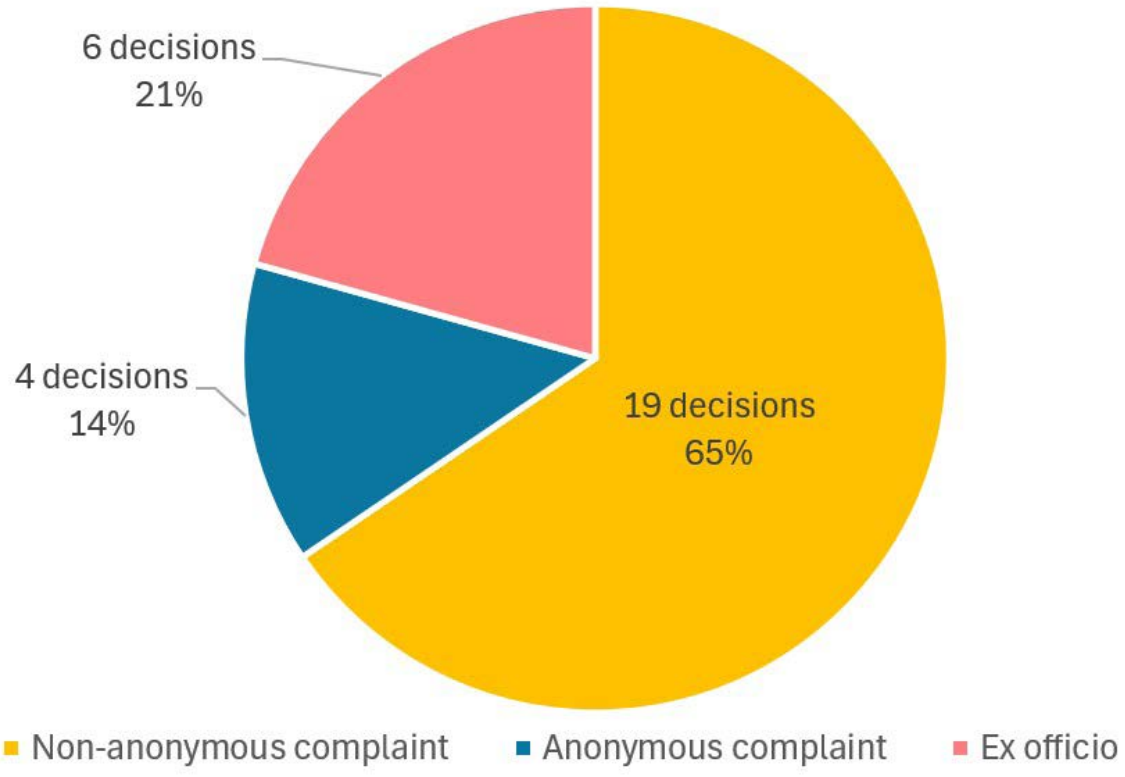
[24] YSEWYN, J., KAHMANN, S. The Decline and Fall of the Leniency Programme in Europe, *Concurrences Review*, Nº 1-2018, pp. 44-59.

[25] Directive 2014/104/EU of the European Parliament and of the Council of 26 November 2014 on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union [2014] OJ L 349 (Damages Directive).

[26] ALIMONTI, R., KÜMMEL, S. and NAU, T. The interplay between leniency programmes and private enforcement: the economist perspective on recent policy proposals, *Competition Law Journal*, 2023, volume 21, issue 4, pp. 170-179.

Figures 9 and 10 replicate the exercise in relation to commitment decisions. The first of these figures shows that investigations closed with commitments originate from three sources, namely anonymous submissions, non-anonymous submissions and ex officio probes. It appears that the percentage of ex officio investigations in this context is virtually identical (20%) to that observed in relation to investigations leading to a finding of infringement. This outcome is not necessarily one that was easy to anticipate. After all, cases leading to a commitment decision are typically less likely to lead to a finding of infringement and, indeed, to sanctioning by means of a fine. For the same reasons, these cases concern practices which, unlike cartels and cartel-like conduct, are not concealed from public scrutiny and thus can be uncovered by a competition authority by monitoring market practices in the ordinary way.

Figure 9.
Source of detection of practices leading to commitment decisions (2009-2025)

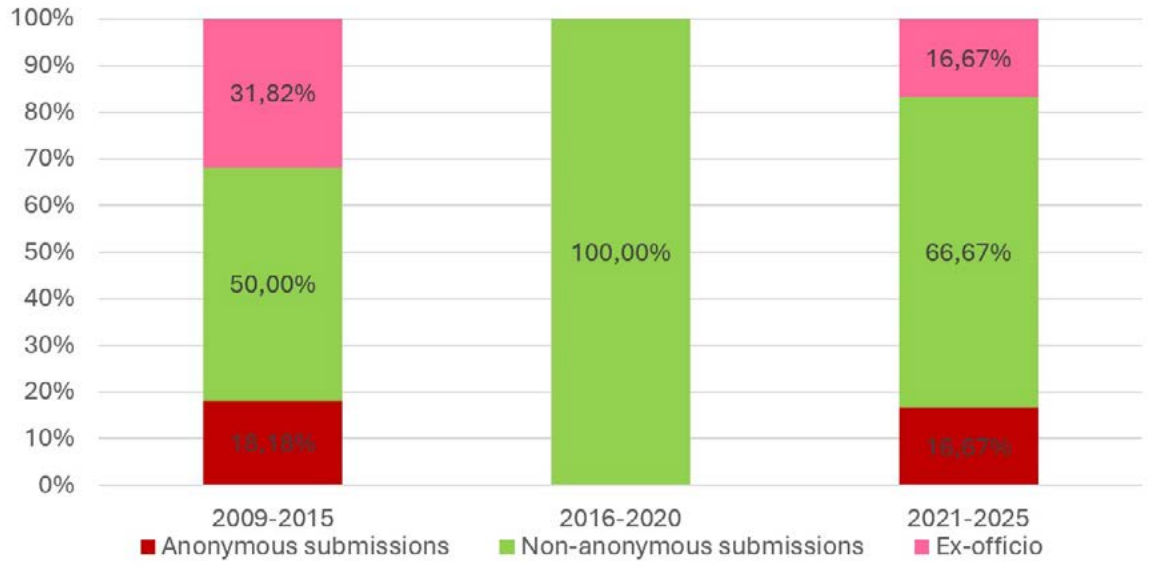


Source: own elaboration based on publicly available data (www.cnmc.es)

Figure 10, in turn, shows that the relative weight of non-anonymous submissions (including complaints) has progressively gained in importance. During the 2016-2020 period, in fact,

every single one of the investigations eventually leading to a commitment decision traced its origin back to a non-anonymous submission. In the course of the subsequent period (2021-2025), an ex officio investigation was at the origin of just one of the commitment decisions adopted by the Spanish Competition Authority. The source of most other decisions, again, was a non-anonymous submission. This insight is valuable when one considers the broader trends examined in this paper. A significant decline in the overall level of activity, discussed in light of Figure 1 above, is not surprising where the number of ex officio investigations opened by the Spanish Competition Authority significantly decreases over time.

Figure 10.
Share of each source of detections in commitment decisions, by period (2009-2025)



Source: own elaboration based on publicly available data (www.cnmc.es)

Economic sectors

The empirical overview would not be complete without a reference to the economic sectors that feature in the administrative practice of the Spanish Competition Authority, in particular when compared with enforcement by the European Commission. If there is something that stands out from the activity of the former, this is the prominence of cases involving professional associations, an aspect that has been identified above. For all of their importance in the Spanish context, these cases are little more than anecdotal at the EU level. They have failed to attract any significant attention in the years that followed the adoption of Regulation

1/2003.[27] Very much can be said about trade associations, which have featured frequently in the Spanish context, but which have been virtually absent, as such, from the contemporary activity of the European Commission.

One struggles to find other sectors or areas of activity featuring consistently across the period considered. The most notable and visible exception is arguably the audiovisual sector, which has been at the origin of a steady stream of decisions over the period considered in the analysis. These cases raise both horizontal and vertical issues, and reflect not just the economic importance of the sector in question but the degree of market concentration, which has become a recurrent source of competition concerns. Indeed, this subset of cases cannot be fully understood without considering the process of consolidation in the years preceding and coinciding with the timeframe of the analysis. In the early 2000s, the two pay television operators in Spain merged, thereby giving rise to the emergence of a monopoly.[28] The operator resulting from the transaction was subsequently acquired by the incumbent telecommunications provider.[29] What is more, a process of acquisitions led to a substantial concentration in the free-to-air segment.[30] In such an economic landscape, any cooperation agreement or any licensing arrangement providing for the acquisition of content – in particular premium content such as top football competitions – becomes a potential source of concerns justifying the opening of an investigation.

3. Qualitative perspective

The three ages of enforcement

The 'catching-up' phase (2009-2015)

When considered closely, Figures 1 and 3 – as depicted above – paint a discernible picture about the phases in the evolution of the Spanish Competition Authority's activity. The first phase in the evolution process is best described as a 'catching-up' phase, the point of which is to sow the seeds of a 'competition culture' in the country. Just like jurisdictions that implement market-oriented reforms experience a period of rapid growth as they get closer to the technological frontier,[31] the reforms introduced by virtue of Law 15/2007 allowed the Spanish Competition Authority to address the remaining vestiges of a corporatist culture and place competition as the principle guiding the interaction between, and cooperation among, firms.

[27] Commission Decisions of 24 June 2004, case AT 38549 *Barême d'honoraires de l'Ordre des Architectes belges* and 8 December 2010, case AT. 39510 *Ordre National des Pharmaciens en France (ONP)*.

[28] Decision of 29th november 2002, case N/280 Bis SOGECABLE, S.A./DTS DISTRIBUIDORA DE TELEVISIÓN POR SATÉLITE, S.A. -VIA DIGITAL-.

[29] Decision of 22nd April 2015, case C/0612/14 TELEFÓNICA/DTS.

[30] Mediaset/Cuatro and Antena3/La Sexta.

[31] DABLA NORRIS, E., HO, G. and KYOBE, A.J. Structural Reforms and Productivity Growth in Emerging Market and Developing Economies, *IMF Working Papers*, 2016. doi: https://doi.org/10.5089/9781498306560.001

By doing so, it allowed the Spanish economy to catch up with the comparable jurisdictions which had undergone a similar process in the preceding decades.[32]

A close look at the sort of cases that the Spanish Competition Authority considered during this first period reveals the extent to which this catching-up process was necessary in the country. A substantial fraction of these decisions concern blatant breaches of competition law which were not necessarily concealed – and, if so, not particularly zealously – from competition agencies. Far from that, they were on occasion a prominent and visible feature of the statutes governing the behaviour of operators in a given sector. It is against this background that one must make sense of the investigations involving regulatory or quasi-regulatory bodies and trade associations and described above. These are the sort of cases that would have been addressed decades before in other systems and that the Spanish Competition Authority chose to prioritise as soon as it was created and structured around the integrated agency model – dominant in Europe and a key factor behind its success.

This very background is also helpful to understand some of the features of enforcement during this period. Because a number of the practices probed are best understood as remnants of corporatism in the Spanish economy, the relevant investigations were not particularly demanding in terms of evidence. The fact that they were often barely concealed means that, however egregious the infringement, they were rarely comparable to the standard cartel arrangement – which also goes to explain the use of the category of 'cartel-like' practice in the analysis above. The singular focus on building a 'competition culture' in Spain also helps explain why the Spanish Competition Authority was also less concerned with formal requirements. In a sense, meeting the formal standards of the European Commission can only be a priority once the system is brought up to speed with the EU one.

The 'convergence' phase (2016-2020)

It makes sense to mark the start of the second, 'convergence' phase in 2016. This is the first year in the series where the number of decisions in 'cartel' cases exceeded that of decisions in 'cartel-like' ones. With this shift, the enforcement activity of the Spanish Competition Authority started to converge with that of the European Commission, in terms of priorities, approach and standards. First, the 'policy mix' of the period is in many ways comparable to that of the latter. In line with the spirit of the 'modernisation' trend of EU competition law since the mid-1990s, the Spanish Competition Authority placed hardcore cartels at the heart of its efforts. The instruments to detect and enforce the law against these arrangements are also recognisable to a specialist following developments at the EU level. As Figure 8 above shows, nowhere is the leniency application more prominent than it is during this period.

Convergence is also apparent when one considers non-cartel decisions decided by means of commitments. Commitment decisions during the 'catching-up' phase focused, at least until the late years, on the same strategies that made up the bulk of infringement decisions during the period. As such, they were very specific to the Spanish context and reflected the concern

[32] An obvious example in this sense is that of the United Kingdom, which introduced a reform allowing for the coming of age of its competition law system with the adoption of the Competition Act 1998 c. 41.

with the development of a 'competition culture'. The 'convergence' stage, by contrast, paints a pattern of decision-making that resembles the one followed by the European Commission. More precisely, the Spanish Competition Authority moved away from investigations involving collective bargaining agreements and decisions by associations of undertakings to prioritise vertical restraints instead. The latter are the sort of practices that typically have ambivalent effects on competition and that lend themselves naturally towards the commitments route. Convergence in relation to non-cartel decisions is arguably best epitomised by the investigation in *Adidas España*.[33] This case revolved around a set of restraints imposed by a manufacturer on its online distributors. How the legacy analytical framework adjusts to such online restraints has been a frequent preoccupation of other competition authorities across Europe, as the judgments of the Court of Justice of the EU (hereinafter, the 'ECJ') in cases like *Pierre Fabre*,[34] *Coty*[35] or *Booking*[36] show.

Just like the substance of decision-making resembled more that observed at the EU level (and, indeed, other jurisdictions such as France or Germany, where the abovementioned cases originated), the form and approach to the decision-making process also came closer to that followed by the European Commission. The Spanish Competition Authority became more systematic in the use of concepts, which in turn helps explain why decisions became lengthier over time. In line with what has already been suggested above, establishing an infringement in relation to a pure, hardcore 'cartel' case tends to be more demanding, and this even when a leniency application paves the way for a probe. In addition, one should note that other factors pushed for greater rigour in the decision-making process by the Spanish Competition Authority. These are necessarily reflected in the administrative practice. In particular, the concept of 'cartel' has a precise and specific meaning in the so Damages Directive. Insofar as it does, the categorisation of a practice as such has concrete legal implications for firms.

The 'post-Covid-19' phase (2021-2025)

There are three factors that mark the post-Covid-19 phase in the activity of the Spanish Competition Authority. The first and the most noticeable one – already identified in the preceding section – is the marked decline in enforcement. Following a seeming surge during 2021, which hinted at a rise in the number of decisions adopted, the activity of the Spanish Competition Authority declined in the years that followed. This dramatic drop is best captured in the trend line included in Figure 1, which paints an unmistakeable pattern. It makes sense to point out, in this sense, that the drop in enforcement can also be observed at the EU level. The latest version of the European Commission's Report on competition policy shows that the number of decisions significantly declined in 2022 and 2023 before picking up again in 2024 and in 2025.[37]

[33] Decision of 6 february 2020, case S/0631/18 ADIDAS ESPAÑA.

[34] Judgment of 13 October 2011, case C-439/09 *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique* ECLI:EU:C:2011:649.

[35] Judgment of 6 December 2017, case C-230/16 *Coty Germany* ECLI:EU:C:2017:941.

[36] Judgment of 19 September 2024, case C-264/23 *Booking.com and Booking.com (Deutschland)* ECLI:EU:C:2024:764.

[37] See the European Commission Report on Competition Policy 2025, available at https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/0011426b-7b98-49aa-ba0f-a728544af722_en?filename=annual-competi-

The second factor that stands out, as far as this third period is concerned, is the pre-eminence of cartel enforcement. Even though the progressive rise in relative terms of cartel decisions is a theme that cuts across all three periods, the make-up of decisions was more balanced in the first and the second – with a greater role for cartel-like decisions in 2009-2015 and the growing prominence of non-cartel ones in 2016-2020. Once again, a similar trend is observed, albeit in a less marked manner, at the EU level. In spite of the difficulties that cartel enforcement has encountered in recent years, the latest European Commission's report shows that the fight against cartels is still a prominent area of enforcement. There is a third factor that is also inevitably apparent in the European landscape. With the growing importance of digital platforms in the economy,[38] it is only logical that their activity attracts scrutiny by agencies. In 2023, the Spanish Competition Authority adopted an infringement decision in relation to conduct involving Amazon.[39] It would be reasonable to assume that this case will be followed by other investigations in the same industry in the short to medium term.

Explaining the evolution of enforcement

Pan-European factors

The analysis in the preceding section suggests that the evolution of enforcement by the Spanish Competition Authority bears two main hallmarks. One is the progressive decline in activity, effectively captured in the trend line in Figure 1. Another one is the growing role of cartel enforcement over time. It would be difficult to try and argue that this evolution can be attributed to one specific factor. This article identifies four main potential explanations. These are not mutually exclusive. One of the immediate insights that one can draw from the discussion above is that it would be difficult to argue that the observed trends can be attributed exclusively to endogenous factors – or, if one prefers, to factors relating to the dynamics and operation of the Spanish Competition Authority. Some of the comparisons with the activity of the European Commission show that the same direction of travel can be observed in other European jurisdictions.

One of the EU-wide factors that explain the overall decline in enforcement, at which Section 2 already hinted, is the marked reduction in the number of leniency applications by participants in cartel conduct. Leaving aside the reasons underpinning the drop in numbers,[40] it seems clear that firms' calculus has changed over the past decade, and that the leniency route is less attractive than it used to be for them. As a result, competition authorities across Europe need to adapt their behaviour to ensure that cartel conduct is effectively deterred. One obvious way forward in this sense is to initiate ex officio investigation to make up for the decline

tion-report_2025_report_part2_swd_EN.pdf, page 5 (accessed 8 May 2026).

[38] EUROPEAN COMMISSION *Competition policy for the digital era*, Publications Office, 2019. Available at https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537 (accessed 30 january 2026).

[39] Decision of 12 july 2023, case S/0013/21 AMAZON / APPLE BRANDGATING.

[40] WILS, W. Should the EU Competition Damages Directive be revised to grant companies that have received immunity from fines under the competition authorities' leniency programmes also immunity from damages? *Concurrences*, 2023, N° 3-2023, pp. 52-71.

in leniency applications. As observed by Wils,[41] the success of the leniency programme since the 1990s had the unintended consequence of making authorities overly reliant of them, much to the detriment of ex officio investigations. This factor, in turn, may have signalled to participants in cartel conduct that the risk of an ex officio probe would be low.

Even if a competition authority were committed to reviving cartel enforcement and to making ex officio investigations a central aspect of its arsenal against such conduct, completing such a shift can be neither easy nor swift. Altering the internal machinery of a cartel division within a competition agency – that is, developing the necessary tools to detect potential hardcore violations of competition law, training officials to conduct investigations on their own motion and reallocating resources – cannot be achieved overnight. Therefore, a temporary decline in anti-cartel activity would be an expected consequence of the shift towards ex officio enforcement. From this perspective, the current period would not be a permanent state of affairs but a transitional period towards a more balanced approach to the fight against these practices. Crucially, the Spanish Competition Authority has taken concrete steps to enhance its ability to detect and deter cartels on its own motion. These are discussed in detail below.

A marked decline in anti-cartel enforcement would arguably not be problematic if it were coupled with more intense activity in relation to other practices. This is not, however, what the empirical evidence about competition agencies tends to show. It appears – and, again, this is an EU-wide phenomenon – that venturing into new areas of enforcement is not straightforward to achieve or to observe in practice. There are certain areas where European authorities appeared to have displayed a certain reluctance to venture. In this sense, commentators like Anne Witt have pointed out that the European Commission has not prioritised investigations requiring a case-by-case analysis of the effects of the practice.[42] With some exceptions,[43] the European Commission has focused, by and large, on so-called 'by object' infringements, which dispense authorities with the need to perform an effects assessment. The preliminary references submitted to the ECJ by national competition authorities reveal a similar tendency.[44] Against this background, one should not be surprised that the Spanish Competition Authority has not made up for the decline in leniency applications by shifting its efforts towards 'by effect' conduct.

Jurisdiction-specific factors

While not denying the relevance of the abovementioned, EU-wide factors, there are reasons to believe that other factors, specific to the Spanish Competition Authority and/or the Spanish context, may have played a role in the evolution of enforcement in the country. If one pays attention to the prioritisation strategy followed by the Spanish Competition Authority, it

[41] Ibid.

[42] WITT, A. The enforcement of Article 101 TFEU: What has happened to the effects analysis? *Common Market Law Review*, 2018. 55(2), pp. 417-448.

[43] See, for example, Commission Decision of 11 July 2022 case AT. 40305- NETWORK SHARING - CZECH REPUBLIC.

[44] For a discussion of the relevant case law, which has led to a steady stream of references asking the European Union Court of Justice to interpret the notion of restriction by object, see IBÁÑEZ COLOMO, P. Restrictions by object under Article 101(1) TFEU: From dark art to administrable framework, *Yearbook of European Law*, 2024, 43, 224–260. doi: https://doi.org/10.1093/yel/yeae010.

appears that the 'convergence' (2016-2020) and 'post-Covid-19' periods were not driven by a clear, overarching mission guiding enforcement across the board. They differed in this regard from the approach it followed during the 'catching-up' period, during which it was possible to discern a marked focus on a particular type of case. Put differently, the latter two periods followed a 'bottom-up' approach to enforcement, which appears to be reactive in nature, whereas the 'catching-up' period was instead 'top down' and proactive in nature.

The experience of enforcement by the Spanish Competition Authority suggests that a reactive approach to enforcement that is mostly driven by firm behaviour may have an impact on the number of investigations conducted. In the absence of a clearly defined mission – or set of priorities –, a decline in, among others, complaints and leniency applications can be expected to contribute to an overall decline in the levels of enforcement. In fact, when one compares decision-making by, respectively, the Spanish Competition Authority and the European Commission, the absence of a discernible 'top down' approach to the prioritisation of cases in the case of the latter is the single most distinctive difference between the two authorities. As far as the European Commission is concerned, it is possible to identify a clear set of themes in its practice. These themes are reflected in the way enforcement evolves. At any given point in time since the entry into force of Regulation 1/2003, there are clusters of decisions signalling a particular priority.[45] This 'top down' approach may contribute to explaining why the levels of activity by the European Commission have not fluctuated as much as those of its Spanish counterpart.

There is a second factor, specific to the Spanish context, that might have played a role in the levels of enforcement activity. Article 36 of Law 15/2007 was amended in 2023. The goal of the amendment was to extend the maximum length of infringement proceedings from 18 to 24 months. This amendment may well have contributed to the observed decline in the levels of activity. It appears, at the very least, that the legislative change coincided with the period where the drop in the number of decisions was more marked. One cannot rule out that, in the absence of the amendment, some investigations that are still ongoing at the time of writing would have been concluded. After all, the amendment gives an obvious incentive to the Spanish Competition Authority to extend the length of proceedings and build a more robust case. This is all the more so considering that the nature of investigations has changed as a result of the decline in the number of leniency applications. By their very nature, ex officio probes tend to be more complex and demanding in terms of resources.

The future of enforcement: the rise of new tools

One of the fundamental conclusions to draw from the analysis above is that some transformations at the pan-European level require agencies to re-think their approach to enforcement in general and towards cartel conduct in particular. If competition law and policy are to remain effective, the system needs to signal to actual or potential participants in cartel arrangements that competition agencies have the means and the resources to detect the most egregious infringements. The concrete implication of this insight is that agencies need

[45] IBÁÑEZ COLOMO and KALINTIRI (2020).

to renew and sharpen their tools. The Spanish Competition Authority has emerged as one of the European and global leaders in this regard by exploring the potential of AI-based technology assisting it in the detection of potentially anticompetitive strategies.

As far back as 2018, the Spanish Competition Authority set up an Economic Intelligence Unit within its Competition Directorate.[46] The development of tools for the detection of anticompetitive conduct is one of the tasks with which the Unit was entrusted[47]. These efforts have already come to fruition and hint at the way forward for the Spanish Competition Authority. The Unit has developed the Bid Rigging Algorithm for Vigilance in Antitrust (BRAVA)[48], which is an AI-assisted tool which relies on extensive datasets and which allows the Spanish Competition Authority to identify – with a high degree of accuracy – anomalies in the behaviour of firms taking part in public procurement procedures and thus potential instances of collusion.[49]

4. Conclusions

There are two ways to look at the activity of the Spanish Competition Authority between 2009 and 2025. One is a story that places an emphasis on the challenging present and the uncertain future ahead. The inescapable present is one that has seen a significant decline in enforcement since the Covid-19 pandemic and where the drop in the number of cartel investigations has not been compensated by an increase in the investigation of cases of a different nature. A second story is one that puts the present in perspective and focuses on the remarkable transformation of the Spanish competition law system in less than two decades. A competition authority that was focused on the development of a 'competition culture' during the early 2010s is now emerging as one of the global leaders in the use of advanced technologies in the detection of cartel conduct. From this perspective, the current enforcement figures are the expression of the transition that the system is undergoing. The future – which we hope to discuss in a future edition of this Yearbook – will tell us which of the two stories is the one that best captured the *zeitgeist*.

[46] Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Unidad de Inteligencia Económica* https://www.cnmc.es/vigilamos-la-competencia/unidad-de-inteligencia-economica (accessed 30 April 2026

[47] Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, The CNMC's journey to bid rigging detection, in SCHREPEL, T., GROZA, T., *Computational Antitrust Worldwide: Fourth Cross-Agency Report*, 2025, pp. 90-94. doi: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5305055

[48] Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *Premio a BRAVA, el proyecto de IA de la CNMC contra el fraude en contratación pública* (CNMC Blog, 11 April 2024) https://blog.cnmc.es/2024/04/11/premio-a-brava-cnmc-contra-el-fraude-en-contratacion-publica/ (accessed 30 April 2026).

[49] GARCÍA JIMÉNEZ, A. Inteligencia artificial y ciencia de datos para la detección de colusión en la contratación pública: la experiencia de la CNMC, in PONCE SOLÉ, J., VILLORIA MENDIETA, M. (eds) *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2024. La inteligencia artificial y la regulación pública. El Reglamento de la Unión Europea de 2024 y su impacto en el sector público, con especial atención al mundo local*, 2024, pp. 323-352; GARCÍA JIMÉNEZ, A., PÉREZ RODRÍGUEZ, J.J. Herramientas de Inteligencia Artificial para la detección de colusión en licitaciones públicas: un análisis práctico, in CAMPOS ACUÑA, M.C. (ed.) *Kit básico para la implantación de la inteligencia artificial en el Sector Público*, Aranzadi la Ley, 2025, pp. 357-385.

Bibliography

ALIMONTI, R., KÜMMEL, S. and NAU, T. The interplay between leniency programmes and private enforcement: the economist perspective on recent policy proposals, Concurrences Review, *Competition Law Journal*, 2023, volume 21, issue 4, pp. 170-179. doi: https://doi.org/10.4337/clj.2022.04.04.

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia The CNMC's journey to bid rigging detection, in Schrepel, T., Groza, T., *Computational Antitrust Worldwide: Fourth Cross-Agency Report*, 2025, pp. 90-94. doi: http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.5305055 .

DUNNE, N. *Commitment Decisions in EU Competition Law*, Journal of Competition Law and Economics, 2014, 10(2), 399–444. https://doi.org/10.1093/joclec/nht047.

European Commission *Competition policy for the digital era*, 2019, available at https://data.europa.eu/doi/10.2763/407537 (accessed 30 January 2026).

European Commission *Ex post evaluation of the implementation and effectiveness of EU antitrust remedies*, 2025, available at https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/53e9348d-4f11-46ef-9098-526e24313ee8_en (accessed 30 January 2026).

GARCÍA JIMÉNEZ, A. Inteligencia artificial y ciencia de datos para la detección de colusión en la contratación pública: la experiencia de la CNMC, in PONCE SOLÉ, J., VILLORIA MENDIETA, M. (eds) *Anuario del Buen Gobierno y de la Calidad de la Regulación 2024. La inteligencia artificial y la regulación pública. El Reglamento de la Unión Europea de 2024 y su impacto en el sector público, con especial atención al mundo local*, 2024, pp. 323-352.

GARCÍA JIMÉNEZ, A., PÉREZ RODRÍGUEZ, J.J. Herramientas de Inteligencia Artificial para la detección de colusión en licitaciones públicas: un análisis práctico, in CAMPOS ACUÑA, M.C. (ed.) *Kit básico para la implantación de la inteligencia artificial en el Sector Público*, Aranzadi la Ley, 2025, pp. 357-385.

IBÁÑEZ COLOMO, P. Restrictions by object under Article 101(1) TFEU: From dark art to administrable framework, *Yearbook of European Law*, 2024, 43, pp. 224–260. doi: https://doi.org/10.1093/yel/yeae010.

IBÁÑEZ COLOMO, P.; KALINTIRI, A. The Evolution of EU Antitrust Policy: 1966–2017, *Modern Law Review*, 2020, vol. 83 (2), pp. 321-372. doi: https://doi.org/ggxv6m.

SCHWEITZER, H.; DE RIDDER, S. How to Fix a Failing Art. 102 TFEU: Substantive Interpretation, Evidentiary Requirements, and the Commission's Future Guidelines on Exclusionary Abuses, *Journal of European Competition Law & Practice*, Volume 15, Issue 4, June 2024, pp. 222–243. doi: https://doi.org/10.1093/jeclap/lpae033.

VAN BAEL, I. 'A "Big Bang" in EC Antitrust Enforcement Procedure' in *30 Years of European Legal Studies at the College of Europe / 30 ans d'études juridiques européennes au Collège d'Europe*, P.I.E. – Peter Lang, Bruxelles, Bruxelles, Bern, Berlin, Frankfurt am Main, New York, Oxford, Wien, 2005.

WILS, W. Should the EU Competition Damages Directive be revised to grant companies that have received immunity from fines under the competition authorities' leniency programmes also immunity from damages? *Concurrences*, 2023, N° 3-2023, pp. 52-71.

WITT, A. The enforcement of Article 101 TFEU: What has happened to the effects analysis? *Common Market Law Review*, 2018. 55(2), pp. 417-448.

YSEWYN, J., KAHMANN, S. The Decline and Fall of the Leniency Programme in Europe, *Concurrences Review*, Nº 1-2018, pp. 44-59. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=3126172.

Evolución de los expedientes sancionadores en materia de abuso de posición dominante desde la perspectiva española y comunitaria

Autores[50]:

Carolina Fernández Bustillo, IE Law School

Francisco Juan Ripoll Vázquez, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

Francisco de Paula Roig Guerrero, Técnico Comercial y Economista del Estado, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

Resumen:

El artículo analiza la evolución de la prohibición del abuso de posición dominante desde sus orígenes formalistas hasta el enfoque basado en los efectos. Examina la convergencia entre el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. El trabajo presta atención al resurgimiento de los abusos explotativos, el impacto de las plataformas digitales y las tendencias de futuro, incluidas la propuesta de nuevas directrices europeas y la regulación *ex ante*.

Palabras clave:

Política de competencia, abuso de posición de dominio, remedios, abusos de exclusión, abusos explotativos, mercados digitales, directrices.

Códigos JEL:

K21, K23, K42, L41, N44

[50] Las opiniones expresadas en el artículo pertenecen a los autores y no representan necesariamente la posición de la institución de la que forman parte.

1. Introducción

La prohibición del abuso de posición dominante constituye uno de los ejes estructurales del derecho de la competencia de la Unión Europea (en adelante, UE) y del proceso de construcción del mercado interior.

Desde su formulación originaria en el Tratado de Roma hasta su actual consagración en el artículo 102 del Tratado de Funcionamiento de la UE (en adelante, TFUE)[51], esta figura ha sido objeto de una intensa labor de concreción. Dicha labor se ha desarrollado fundamentalmente a través de la práctica decisoria y la jurisprudencia, que han definido progresivamente sus elementos esenciales. También su aplicación ha experimentado una evolución significativa, desde un enfoque inicial de carácter predominantemente formalista, centrado en la protección de la estructura del mercado, hacia un modelo más atento al análisis de los efectos anticompetitivos de las conductas. Esta evolución se ha reflejado también en el derecho español de la competencia, cuyo artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia (LDC) reproduce sustancialmente el precepto europeo y ha sido interpretado de forma convergente por las autoridades administrativas y los tribunales.

En el contexto actual, marcado por la creciente relevancia de los mercados digitales y por el resurgimiento de los abusos explotativos, se plantean nuevos retos en términos de aplicación, diseño de remedios y articulación con instrumentos regulatorios *ex ante*, que motivan el presente análisis sistemático de su evolución, estado actual y perspectivas de futuro.

2. La evolución de la prohibición del abuso de posición dominante en el derecho de la Unión Europea y su proyección en el ordenamiento español

El derecho moderno de la competencia surge a finales del siglo XIX en Canadá y Estados Unidos con la adopción, respectivamente, de la *Act for the Prevention and Suppression of Combinations formed in restraint of Trade* (1889) y de la *Sherman Act* (1890), concebidas como instrumentos para permitir la intervención pública frente a la excesiva concentración de poder económico en manos de grandes *trusts* que dominaban sectores estratégicos de la economía. Este origen histórico refleja un profundo recelo hacia las grandes concentraciones empresariales. En Europa, hasta la adopción del Tratado de Roma en 1957 y la creación de la Comunidad Económica Europea (CEE), solo Alemania disponía de un sistema consolidado de defensa de la competencia[52].

El Tratado de Roma en su texto original, artículo 86, prohibió el abuso de la posición de dominio que pudiera afectar al comercio entre los Estados miembros, llevando a la práctica uno de los objetivos de la entonces CEE: el establecimiento de un régimen que asegurara

[51] Tratado de Lisboa por el que se modifican el Tratado de la UE y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, firmado en Lisboa, el 13 de diciembre de 2007, DO C 306 de 17.12.2007, p. 1-127.

[52] BENEYTO PÉREZ, J.M, TRONCOSO FERRER, M. Objeto, evolución y perspectiva del derecho de la Competencia, en BENEYTO PÉREZ, J.M.-MAILLO GONZÁLEZ ORÚS, J. (drs.), *Tratado de derecho de la Competencia*, Tomo I, 2ª edición, Bosch-Wolters Kluwer, Barcelona, 2017, p. 37. Los autores de Tratados se inspiraron no solo en la legislación alemana sino también en la Ordenanza de precios francesa nº 45-1483 de 30 de junio de 1945 y en el artículo 66 del Tratado CECA.

que la competencia no sería falseada en el mercado, tal y como aparecía definido en su artículo 3(f)[53].

El TFUE ha cambiado la numeración del artículo 86 del Tratado de Roma, luego artículo 82, por el actual artículo 102 del TFUE, sin cambiar su texto. A su vez, el texto original del artículo 3 (f) del Tratado de Roma, ha sido sustituido por el Protocolo 27 TFUE cuya redacción es similar.

A diferencia del sistema de defensa de la competencia en los Estados Unidos[54], cuyos objetivos estaban únicamente ligados al funcionamiento de un mercado existente, la defensa de la competencia en la UE ha supuesto uno de los elementos vertebradores del proceso de integración europea desde sus orígenes. La construcción del mercado común no se concibió únicamente como un proyecto de eliminación de barreras estatales a la libre circulación de bienes, servicios y capitales, sino como la instauración de un espacio económico en el que la actividad empresarial se desarrollara bajo condiciones de competencia efectiva[55].

Desde esta perspectiva, la prohibición del abuso de posición dominante ocupa un lugar central en el sistema europeo de defensa de la competencia. El derecho de la UE no prohíbe la posición dominante como tal, sino únicamente su explotación abusiva[56]. Esta opción normativa refleja, desde el Tratado de Roma, una concepción dinámica del mercado, en la que la obtención de poder económico puede ser el resultado legítimo de procesos competitivos eficientes, pero en la que dicho poder debe ejercerse dentro de límites que preserven el proceso competitivo y eviten la exclusión injustificada de otros operadores.

La aplicación inicial del artículo 102 del TFUE: formalismo y mercado interior

El artículo 102 del TFUE declara incompatible con el mercado interior la explotación abusiva, por una o varias empresas, de una posición dominante en el mercado interior o en una parte sustancial del mismo, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros. La norma enumera, de manera meramente ejemplificativa, diversas prácticas que pueden constituir abuso, tales como la imposición de precios u otras condiciones no equitativas, la limitación de la producción o del desarrollo técnico, la aplicación de condiciones

[53] El texto del artículo 3 (f) del Tratado de Roma expresaba literalmente: «*l'établissement d'un régimen assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun*». En el mismo sentido se pronunció el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia, véase la Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche, Asunto 85/76, EU:C:1979:36, apartado 29, y la Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, Michelin I, Asunto C-322/81, EU:C:1983:313, apartado 29.

[54] HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., Una introducción a la Ley 16/1989 de defensa de la competencia: la tradición norteamericana y el contexto comunitario, *Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía*, nº. 21. Política de competencia y competitividad, p. 20.

[55] JEBSEN, P., STEVENS, R., Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition under article 86 of the European Union, *Antitrust Law Journal*, vol. 64, nº3, 1996, p. 449-50.

[56] AKMAN, P., Searching for the Long-Lost Soul of Article 102 TFEU, *Oxford Journal of European Competition Law & Practice*, vol.11, nº4, 2020, p. 267-303. Según Akman la propuesta de prohibición de la creación o mantenimiento de monopolios o posiciones de dominio defendida por los negociadores franceses del Tratado de Roma fue expresamente rechazada.

discriminatorias o la imposición de prestaciones suplementarias no relacionadas con el objeto del contrato.

La técnica legislativa empleada es deliberadamente abierta. El Tratado no define ni el concepto de posición dominante ni el de abuso, ni establece un catálogo cerrado de conductas prohibidas. Esta indeterminación normativa ha permitido que el contenido de la prohibición se construya de forma progresiva a través de la práctica decisoria y, sobre todo, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE[57] (en adelante TJUE)[58]. El resultado es una categoría jurídica flexible, capaz de adaptarse a la evolución de los mercados y a la aparición de nuevas formas de organización empresarial, pero que plantea, al mismo tiempo, desafíos significativos en términos de seguridad jurídica.

Durante las primeras décadas de aplicación del Tratado, la prohibición del abuso de posición dominante fue interpretada y aplicada desde un enfoque predominantemente formalista. Ello fue probablemente consecuencia de la influencia de la Escuela Ordoliberal,[59] que se manifestó tanto en parte de los redactores del Tratado de Roma como en los primeros responsables de la aplicación de sus normas de competencia. Esta escuela de pensamiento estaba especialmente preocupada por garantizar una estructura competitiva del mercado y el acceso al mismo. El análisis, por tanto, siguiendo los postulados de esta corriente de pensamiento, se centraba en la identificación de una posición dominante y en la calificación de determinadas conductas como abusivas por su propia naturaleza, sin un examen sistemático de sus efectos económicos concretos.

En este período, la protección de la estructura del mercado ocupó un lugar preeminente. Desde muy temprano, tal y como puso de manifiesto la Decisión de la Comisión Europea (en adelante CE) en el asunto *Continental Can*[60], el énfasis recayó en la preservación de las condiciones de competencia abiertas y no discriminatorias, concibiendo la posición dominante como una situación de independencia respecto de competidores y clientes, y el abuso como el uso de esa independencia para alterar las reglas del juego competitivo.

La consecuencia directa de ostentar una posición de dominio suponía que la empresa estaba sujeta a una «especial responsabilidad»[61]. Esta responsabilidad especial fue definida por

[57] FONT GALAN, J.I., *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986, pág. 40.

[58] Nos referiremos genéricamente a los Tribunales de Justicia de la UE presentes y pasados como TJUE.

[59] KORAH, V., An introductory Guide to the EC Competition Law and Practice, 8ª edición Hart Publishing, Oxford, 2004, p. 92:

[60] Decisión de la CE, de 9 de diciembre de 1971, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE, V/26.811- *Continental Can Company*, 72/21/CEE, DO L, 7, 8.1.1972 (en adelante, Decisión *Continental Can*), págs. 25-39. En el punto II. B.3. de la Decisión, la CE definió la posición de dominio como aquella que permitía actuar a la empresa *con independencia* de sus competidores, proveedores y clientes. Si bien el Tribunal de Justicia anuló la Decisión de la CE por una deficiente definición del mercado relevante, no discutió los demás aspectos, entre los que se encontraba la definición de la posición de dominio (Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, *Continental Can*, Asunto 6/72, EU:C:1973:22)

[61] AHLBORN, C., PADILLA, J., From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law, en EHLERMANN, C.-D. – MARQUIS, M. (eds.), European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2008. Como explican estos autores, el

primera vez en la sentencia *Michelin I*[62]. El TJUE confirmó que, si bien la posición dominante no merecía ningún reproche legal, las empresas que disfrutaban de esa posición tenían una «especial responsabilidad» de no impedir, con su comportamiento, el desarrollo de una competencia efectiva.

Aunque en un primer momento algunos autores como Joliet, claramente influido por la concepción francesa de cómo el Estado debía ordenar la economía, defendieron[63] que las conductas prohibidas por el artículo 86 del Tratado se circunscribían únicamente a los llamados abusos de explotación (los que afectaban a proveedores o clientes) y no los de exclusión (los que afectaban a los competidores y por lo tanto a la estructura del mercado), el TJUE dejó claro desde su *Sentencia Continental Can* y posteriormente en su *Sentencia Hoffman-La Roche*[64]„ que el Tratado prohibía también aquellas conductas que afectaban a la estructura del mercado[65]. Por lo tanto, con independencia de cuál pudiera haber sido la intención de los redactores del Tratado de Roma, las conductas abusivas de las empresas dominantes pueden clasificarse en dos grandes categorías abusos de explotación o abusos de exclusión[66]..

La *Sentencia Hoffman-La Roche* definió el abuso como aquella conducta de una empresa en posición dominante que cumplía dos condiciones. Por un lado, que la conducta obstaculice la competencia y por otro, que se lleve a cabo por medios diferentes a los que rigen una competencia normal, es decir, una conducta que se aparte de la llamada «competencia normal» o «competencia basada en los méritos».

Como veremos más adelante, esta definición de abuso ha sufrido vaivenes a lo largo de los años posteriores a la *Sentencia Hoffman-La Roche*, en los que se puso más énfasis en el análisis de cómo la conducta obstaculizaba la competencia, en particular, en sus efectos anticompetitivos sobre el bienestar del consumidor o sobre aquellos competidores tan eficientes como la empresa en posición de dominio o sobre aquellos que, sin ser tan eficientes, ejercían una presión competitiva necesaria. Sin embargo, en los últimos años el TJUE ha vuelto a subrayar, de forma expresa, la necesidad de analizar si la conducta supone una «competencia basada en los méritos».[67]

principio de que las empresas en posición de dominio están sujetas a una responsabilidad especial fue adoptado como consecuencia de la influencia del pensamiento de la escuela ordoliberal.

[62] Sentencia *Michelin I*, apartado 57.

[63] JOLIET, R., Monopolization and Abuse of Dominant Position. A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, núm. 31, Martinus Nijhoff, La Haye,1970, p. 329.

[64] Sentencia *Hoffmann-La Roche*, apartado 91.

[65] ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., La introducción del análisis económico en la prohibición del abuso de una posición de dominio, en BERENGUER FUSTER, L., GINER PARREÑO, C. A., ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *La nueva legislación española ante la evolución del derecho de la Competencia*, Fundación Rafael del Pino –Marcial Pons, Madrid, 2010. p.174-185.

[66] BAILEY, D. A., JOHN, L. E. (eds.), *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, 8.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2018, apartado 10.072.

[67] Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de mayo de 2022, *Servizio Elettrico Nazionale* (SEN) y otros, Asunto C377/20, EU:C:2022:379, apartado 103. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de enero de 2023, *Unilever*, Asunto C-680/20, EU:C:2023:33, apartado 39, señalando los apartados 69,71, 75 y 76 de la Sentencia *SEN* y jurisprudencia citada. Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de diciembre de 2023, *European Superleague*

El nuevo enfoque basado en el análisis de los efectos

Durante las primeras décadas de aplicación de la prohibición del abuso de posición de dominio, las decisiones de la CE y las sentencias del TJUE permitieron desarrollar conceptos jurídicos como el mercado relevante[68], la posición dominante[69], la especial responsabilidad[70] o el abuso[71] como un cuerpo de categorías y principios generales. Sin embargo, esta actividad tampoco estuvo exenta de críticas[72] por su falta de coherencia metodológica que dificultaba la distinción entre estrategias legítimas de competencia, a veces agresivas, y prácticas anticompetitivas.

Como hemos visto, en su origen, las normas de competencia tanto en Estados Unidos como en el Tratado de Roma se asentaban, con diferentes matices, sobre la premisa de que el bien jurídico a proteger era la estructura competitiva del mercado. En Estados Unidos, como explican Waelbroek y Frignani[73], durante décadas y por influencia de la llamada Escuela de Harvard, se puso el foco en la lucha contra aquellas conductas que provocaban una concentración en el mercado. De la misma forma, la prohibición de abuso de posición de dominio incluida en el Tratado de Roma en Europa por influencia de la Escuela Ordoliberal[74] se concebía como una forma de proteger la estructura competitiva del mercado.

Sin embargo, en la década de los 70 del siglo pasado, la influencia, en Estados Unidos, del pensamiento de la Escuela de Chicago[75], supuso un giro hacía la creciente utilización de herramientas de análisis económico. Este enfoque trasladó conceptos económicos como el poder de mercado, las presiones competitivas, las barreras de entrada, los efectos de exclusión, etc., al análisis de las conductas prohibidas por el derecho de la competencia. Esta corriente de pensamiento defendía que el verdadero propósito de las normas de competencia debía ser proteger el bienestar del consumidor, por lo que defendía que el Estado debía abstenerse de intervenir si una conducta era buena para el consumidor.

A partir de la década de los ochenta, y con mayor intensidad a finales del siglo XX, se produjo una progresiva reorientación de la forma de aplicar el derecho de la competencia también en la UE. Por un lado, se adoptó un nuevo enfoque basado en los efectos y, por otro, se empezó

Company, Asunto C333/21, EU:C:2023:1011, apartado 129 y jurisprudencia citada. Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2024, *Google Shopping*, Asunto C-48/22 P, EU:C:2024:726, apartados 165- 167.

[68] Sentencia del Tribunal de Justicia de 21 de febrero de 1973, *Continental Can*, Asunto 6/72, EU:C:1973:22, apartados 29-35.

[69] Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978, *United Brands*, Asunto 27/76, EU:C:1978:22.

[70] Sentencia *Michelin I*, apartado 57.

[71] Además de la Sentencia Hoffman La Roche ya citada, Sentencia del Tribunal de Justicia de 3 de junio de 1991, *AKZO Chemie BV c. CE,* Asunto C-62/86, EU:C:1991:286, apartado 69 y Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de octubre de 1999, *Irish Sugar*, Asunto T 228/97, EU: T:1999:246, apartado 111

[72] KORAH, V., Concept of a dominant position within the meaning of Article 86, *Common Market Law Review*, vol. 17, 1980, p. 395-414. IBÁÑEZ COLOMO, P., *The New EU Competition Law*, Bloomsbury Publishing, Oxford, 2023, p.46-47.

[73] WAELBROECK, M., FRIGNANI, A., *Derecho Europeo de la Competencia*, Bosch, Barcelona, 1998, p. 794.

[74] BEHRENS, P., The ordoliberal concept of "Abuse" of a dominant position and its impact on Article 102 TFEU, en DI PORTO, F., PODSZUN, R. (eds.), *Abusive Practices in Competition Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018, p. 5-25.

[75] BORK, R., The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself, Basic Books, New York, 1978.

a cuestionar la idoneidad de un análisis estrictamente formalista en la aplicación del artículo 102 del TFUE. Es lo que algunos autores han llamado el «Consenso de Bruselas»[76].

Este aparente consenso quedó reflejado, ya de forma inequívoca, en el año 2005 con la publicación del llamado *Discussión Paper*[77] y la publicación en el año 2008 de las llamadas «Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión Europea en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes», en adelante las Orientaciones[78].

La adopción de las Orientaciones por parte de la CE supuso un hito en la evolución de la interpretación del artículo 102 del TFUE. Estas Orientaciones explicitaron las prioridades de control en relación con determinadas conductas de exclusión y manifestaron de forma expresa la preferencia por un enfoque basado en los efectos y en la teoría del daño, así como las herramientas de análisis económico a utilizar. Aunque carente del valor normativo vinculante propio de las Directrices, cuya forma no adoptaron debido a la falta de consenso dentro de la propia CE[79], este documento influyó de manera decisiva en la práctica administrativa y en la cultura jurídica del derecho de la competencia europeo.

El análisis basado en los efectos introdujo una lógica de ponderación. La conducta de una empresa dominante debía evaluarse atendiendo al contexto del mercado, a las barreras de entrada, a la estructura de costes, a la duración y alcance de la práctica y a la existencia de posibles eficiencias que puedan justificarla. Este enfoque, junto con la utilización de herramientas de análisis económico, incrementó la complejidad del análisis y la carga probatoria que debían realizar las autoridades de competencia[80].

Tampoco la recepción jurisprudencial de este enfoque fue lineal[81]. El TJUE ha alternado aproximaciones más económicas con análisis de corte estructural, en función de las características del caso y del tipo de conducta examinada. Esta oscilación ha reflejado la dificultad de conciliar la flexibilidad del análisis económico con la necesidad de mantener criterios jurídicos estables y previsibles.

En los últimos años, se ha intensificado, especialmente en los Estados Unidos[82], pero también en la UE, el debate sobre la función del derecho de la competencia y los bienes que, junto a su dimensión económica, pretende proteger[83]. Esto ha sido así, entre otras razones, por la dificultad para aplicar las herramientas propuestas en las Orientaciones a la nueva economía

[76] AHLBORN, C., PADILLA, J., ob. cit., p. 55-100.

[77] DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses, Bruselas, diciembre 2005.

[78] Orientaciones sobre las prioridades de control de la Comisión Europea en su aplicación del artículo 82 del Tratado CE a la conducta excluyente abusiva de las empresas dominantes, DO CE 24.2.2009 C45 7-20.

[79] JONES, A., SUFRIN, B., DUNNE, N., *EU Competition Law*, 7.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019, p. 298.

[80] PADILLA, J., Whither Article 102 TFEU: A Comment on Akman and Crane, *Antitrust Law Journal*, nº. 81-1, 2016, p. 223-224.

[81] Sentencia de 6 de octubre de 2015, *Post Danmark II*, Asunto C-23/14, EU:C:2015:651, apartado 52.

[82] La llamada "escuela neobrandesiana" agrupa a aquellos que defienden una visión expansiva del derecho de la competencia. KHAN, L. M., Amazon's Antitrust Paradox, *Yale Law Journal*, nº. 126, 2016, p. 710–805. WU, T., *The Curse of Bigness: How Corporate Giants Came to Rule the World*, Atlantic Books, Londres, 2020.

[83] CALVO CARAVACA, A. L., *Derecho Antitrust Europeo*, Tomo I, Colex, Madrid, 2009, p. 56.

digital[84], y la constatación de una mayor tendencia de estos nuevos mercados a la concentración[85].

Las posiciones doctrinales han oscilado entre quienes defienden la primacía del bienestar del consumidor y quienes abogan por la protección del proceso competitivo o de la estructura del mercado. En realidad, la evolución del derecho de la UE muestra una concepción integradora que combina ambos enfoques[86]. La competencia se protege como proceso, en la medida en que constituye el mecanismo que genera resultados eficientes en términos de precios, calidad, innovación y variedad. Al mismo tiempo, la intervención del derecho de la competencia se justifica, en última instancia, por sus efectos beneficiosos para los consumidores y para el funcionamiento del mercado en su conjunto. Esta síntesis permite explicar por qué determinadas conductas pueden ser sancionadas aun cuando sus efectos inmediatos sobre los precios no sean evidentes, si ponen en riesgo la presión competitiva a medio y largo plazo.

La recepción del modelo europeo en el derecho español

La Ley 110/1963[87] de represión de prácticas restrictivas de la competencia, constituyó el primer intento sistemático de introducir una disciplina de competencia en España. En ella ya podemos encontrar una prohibición de prácticas abusivas de empresas en posición de dominio. Sin embargo, su aplicación fue escasa, dado que en aquel momento la economía española estaba organizada en torno a sectores regulados, concesiones administrativas y empresas públicas o semipúblicas, lo que reducía notablemente el espacio para una competencia efectiva y para la aplicación sustantiva de las normas de competencia.

En este primer estadio, el concepto de abuso de posición dominante se concebía de manera amplia, abarcando tanto conductas de explotación como excluyentes. No obstante, la falta de una cultura de competencia, la debilidad institucional de los órganos encargados de su aplicación y la prevalencia de objetivos de política económica distintos de la competencia provocaron que la prohibición tuviera un carácter más declarativo que operativo.

---

[84] EZRACHI, A., EU Competition Law Goals and the Digital Economy, *Oxford Legal Studies Research Paper*, nº. 17/2018, junio de 2018.

[85] CAFFARRA, C., "Consumer Welfare is Dead": What Do We Do Instead? A Perspective from Europe, *Promarket*, 27 de abril de 2023.

[86] VESTAGER, M., Article 102: The Beating Heart of Antitrust in the EU, discurso ante el *Global Competition Law Center*, College of Europe, 1 de marzo de 2024. "*Even in theory, the consumer welfare standard does not imply a narrow focus on price. Rather, Article 102 ensures that consumers in the EU get a fair deal out of the competitive process. Yes, the focus of enforcement is on consumers. But this is a very wide goal. From a legal perspective, the Court of Justice has held that Article 102 ensures well-being in the EU by preventing distortions to competition that harm the public interest. As a result, one ensures "well-being in the EU" by tackling all sorts of anticompetitive effects, may they impact price, choice, diversity, quality or innovation. We tackle these effects by preventing harm to the competitive process*".

[87] Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia, *Boletín Oficial del Estado* 175, de 23 de julio de 1963. Sobre los orígenes del derecho de defensa de la competencia en España véase GARRIGUES, J., *La defensa de la competencia mercantil: cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964.

La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia[88] alineó nuestro derecho interno al comunitario tras nuestra entrada en la CEE en el año 1986[89]. En su exposición de motivos se destacó que los objetivos de la ley perseguían la protección del «ejercicio de la libertad de empresa», «proteger la competencia frente a todo ataque contrario al interés público», el «interés público» o los «intereses generales». El derecho español de la competencia ha subrayado tradicionalmente que la intervención sancionadora se justifica cuando la conducta abusiva afecta de manera relevante al interés general, entendido como el correcto funcionamiento del mercado y la protección de sus reglas básicas. Este enfoque ha permitido en el pasado delimitar el ámbito propio del derecho de la competencia frente a otros sectores del ordenamiento, como el derecho de la competencia desleal o el derecho de protección de los consumidores.

En el año 2007 se aprobó la actual Ley de Defensa de la Competencia 15/2007[90], (en adelante, LDC), parcialmente modificada en el año 2013 para crear la actual Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC). La norma fue de nuevo modificada, respectivamente, en 2017 y 2021 para incorporar lo previsto en las llamadas Directivas de Daños[91] y ECN+[92].

Por su parte, el Reglamento 1/2003 descentralizó la aplicación de las normas de competencia del TFUE, permitiendo a las autoridades de competencia y tribunales nacionales aplicar el artículo 102 del TFUE siempre respetando el principio de primacía del derecho de la UE y de interpretación conforme. Si bien el artículo 3.2. del Reglamento 1/2003 impuso una obligación de convergencia de los derechos nacionales y el derecho de la UE en relación con las conductas prohibidas por el artículo 101 del TFUE, permitió, de forma expresa, que los Estados miembros adoptaran en sus territorios, medidas más estrictas en relación con con-

[88] Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, *Boletín Oficial del Estado*, 170, de 18 de julio de 1989.

[89] ALONSO SOTO, R., Las recientes modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia. La necesidad de la reforma y las principales novedades, en BENEYTO PÉREZ, J. M. (dir.), MAILLO GONZÁLEZ-ORTÚS, J. (coord.), *El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 289-303.

[90] Para una visión de la Ley véase BERENGUER FUSTER, L., El nuevo sistema español de defensa de la competencia, en RUIZ PERIS, J. I. (dir.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 9-27 p. 14-15 «En los años 90 se inició un proceso de modernización de la normativa comunitaria que tenía como base fundar el análisis económico y el refuerzo del análisis de los efectos de las conductas sobre el mercado para perseguirlas en función de éstos y no tanto por la declaración de voluntad o a través de un análisis juridicista de si se cumplía o no un determinado precepto». BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO A., BERCOVITZ ÁLVAREZ, R., BARRIO PÉREZ, A., *Apuntes de Derecho Mercantil. Derecho Mercantil, Derecho de la Competencia y Propiedad Industrial*, 22.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2021 p. 281-285.

[91] Directiva (UE) 2014/104 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la UE, transpuesta al derecho español por el Real Decreto-ley 9/2017, de 26 de mayo, por el que se transponen directivas de la UE en los ámbitos financieros, mercantil y sanitario, y sobre el desplazamiento de trabajadores, BOE-A-2017-5855.

[92] Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior, transpuesta al derecho español por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la UE en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, BOE núm. 101 de 28/04/2021.

ductas unilaterales. Esta excepción ha permitido que la LDC prohíba conductas unilaterales de empresas que, aun no estando en posición dominante, suponen actos de competencia desleal que falsean la libre competencia y afectan al interés público (artículo 3 de la LDC).

En todo caso podemos afirmar que el derecho español de la competencia ha evolucionado de forma convergente al derecho de la UE, en relación con la prohibición del abuso de posición de dominio.

La LDC reprodujo, en su artículo 2, casi en su totalidad el artículo 102 del TFUE. En él se prohíbe la explotación abusiva de una posición dominante, sin prohibirla, en todo o en parte del mercado nacional y enumera, de forma no exhaustiva, un listado de conductas que pueden ser consideradas abusos y que son prácticamente idénticas a las que aparecen en el artículo 102 del TFUE.

Además, la práctica de la autoridad nacional de competencia y la jurisprudencia de los tribunales españoles han mostrado una clara tendencia a interpretar el artículo 2 LDC de forma convergente con el artículo 102 del TFUE, aplicando los criterios desarrollados por el TJUE.

Los tribunales españoles, en su mayoría, y especialmente la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo, cuando revisan las decisiones de la CNMC y las Sentencias de órganos inferiores, aplican con soltura la jurisprudencia del TJUE que interpreta el artículo 102 del TFUE no solo a la aplicación de este sino también al artículo 2 de la LDC sin hacer distinción[93].

Sin perjuicio de lo anterior, merece la pena advertir algunas peculiaridades en la evolución de la aplicación del artículo 2 de la LDC.

Ya desde finales de los años noventa, el extinto Servicio de Defensa de la Competencia y el Tribunal de Defensa de la Competencia se esforzaron por aplicar el artículo 2 de la LDC recurriendo a un análisis sustancialmente basado en los efectos y en consideraciones económicas, anticipándose al cambio que trajeron las Orientaciones. En resoluciones como *Bacardí*[94], *Telefónica/Airtel*[95], *Planes Claros*[96] o *Telefónica/Internautas*[97], entre otras, el Tribunal de Defensa de la Competencia no se limitó a una calificación formal de la conducta, sino que examinó su capacidad real o potencial de exclusión, la estructura del mercado, las barreras de entrada, la dependencia de operadores aguas abajo y los incentivos económicos del operador dominante, especialmente en mercados en proceso de liberalización. Este enfoque funcional y orientado al daño competitivo, aun sin la sofisticación metodológica posterior, revela que el derecho español de la competencia desarrolló tempranamente una aplicación de

[93] Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de mayo de 2003 (rec. 4495/1998) (Fundamento de Derecho Séptimo): «Por fin, dada la similitud existente entre el artículo 82 (antiguo artículo 86) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y aquel artículo 6, que transcribe casi literalmente la norma de antiabuso comunitaria al derecho de Defensa de la Competencia español, cabe tomar en consideración la doctrina comunitaria sobre el abuso de posición de dominio como instrumento auxiliar para la interpretación de nuestro derecho interno (así lo entendió, también, el Tribunal de Defensa de la Competencia en su resolución de 2 de febrero de 1992, asunto A 36/92, Talleres Muñoz)».

[94] Resolución del TDC de 30 de septiembre de 1999, Expediente 362/99, Bacardi.

[95] Resolución del TDC de 26 de febrero de 1999, Expediente 413/97 Airtel/Telefonica.

[96] Resolución del TDC de 8 de marzo de 2000, Expediente 456/99, Planes Claros.

[97] Resolución del TDC de 29 de abril de 2002, Expediente 518/01 Internautas/Telefónica.

la prohibición del abuso de posición dominante atenta a los efectos económicos y al funcionamiento efectivo del mercado, integrada en una lógica propia de orden público económico.

Esta asimilación del enfoque económico convivió con una atención particular a la afectación del interés público como elemento delimitador del ilícito. El Tribunal de Defensa de la Competencia formuló de manera paradigmática esta posición en la resolución *Tabacalera/McLane*[98] en la que se subrayó el carácter público e indisponible de las normas de competencia y su función como límite a la libertad de empresa.

Por último, el derecho español de la competencia ha prestado una especial atención a los llamados abusos explotativos, a diferencia de su escasa presencia en la aplicación del artículo 102 del TFUE. Citando a Gutiérrez Carrizo, el porcentaje de casos por abuso explotativo que ha tramitado la autoridad nacional de competencia resulta relativamente elevado. En el período que va del año 1993 al año 2000 se han identificado 146 asuntos en los que se discutía un abuso de posición de dominio de los cuales, «46 pueden ser identificados con un tipo de abuso de naturaleza explotativa (fundamentalmente precios excesivos o discriminación de precios a consumidores, clientes o usuarios)»[99].

3. Los expedientes sancionadores por abuso de posición de dominio en la actualidad y tendencias de futuro

Una vez trazada una sucinta panorámica de la evolución de la aplicación en España y la UE de la prohibición del abuso de posición dominante, es ahora el turno de analizar el estado actual de aplicación de dicha figura y cuáles son las tendencias que cabe atisbar a futuro.

Una primera aproximación a las resoluciones sancionadoras que dictan actualmente las autoridades de competencia revela que estas han ganado notablemente en longitud y complejidad del análisis realizado con respecto a lo que acontecía en el pasado (especialmente, en relación con lo observado, por ejemplo, en la fecha de publicación del primer Anuario de defensa de la competencia, en 1996): lo que anteriormente se solventaba con un texto corto, sin que apenas se reflejara el análisis económico que, en su caso, pudiera haberse hecho, ha pasado a presentar una mayor sofisticación y profundidad. Como resultado, las autoridades públicas han pasado a detallar más detenidamente en sus resoluciones los efectos sobre la competencia de las prácticas objeto de reproche, impelidas por el control más estrecho que los tribunales, especialmente de la UE, han venido realizando del fondo de las resoluciones.[100]

---

[98] Resolución del TDC de 24 de abril de 2002, Expediente 486/00 McLane/Tabacalera.

[99] GUTIERREZ CARRIZO, I., «Un repaso a la historia y al futuro del abuso de posición de dominio en España», pendiente de publicación.

[100] Así, por ejemplo, el TJUE ha señalado que, en el ámbito del artículo 102 del TFUE, las autoridades de competencia están obligadas a responder a los argumentos presentados por las partes investigadas a la hora de mostrar que una práctica no tiene capacidad para restringir la competencia, conforme a lo recogido en la Sentencia del TJUE de 6 de septiembre de 2017, Intel v. Comisión Europea, C413/14 P, ECLI:EU:C:2017:632, párrafos 138 y 139:

"138 Sin embargo, conviene precisar esta jurisprudencia para el supuesto de que la empresa de que se trate mantenga durante el procedimiento administrativo, aportando pruebas al respecto, que su conducta no tuvo la

La práctica reciente muestra, además, que las autoridades de competencia están aplicando la figura del abuso de posición dominante de forma más intensa. A fecha de redacción del presente artículo (enero de 2026), la CNMC tenía incoados 15 expedientes sancionadores por conductas restrictivas de la competencia, 8 de los cuales por abuso de posición dominante.[101] Esta situación contrasta poderosamente con la que se producía en el pasado, cuando los expedientes incoados bajo el artículo 1 de la LDC (y su equivalente en el TFUE) dominaban claramente la actividad de nuestra autoridad nacional. Como se señalaba, este vuelco estadístico en la naturaleza de los expedientes sancionadores abiertos no es solo predicable de España, sino también, en mayor o menor medida, de otros países de nuestro entorno, así como de la CE.

Aunque existen diversos factores que han influido en este cambio de tendencia (como la caída observada en las solicitudes de exención del pago de la multa por prácticas cartelizadoras), no cabe duda de que, en la revitalización de la figura del abuso, ha jugado un papel destacado el creciente peso que han pasado a jugar en nuestras economías las plataformas digitales y la necesidad de analizar los efectos de las prácticas empresariales de estas, a menudo novedosas, en la salud de la competencia en el mercado.[102]

El resurgir de los abusos explotativos de una posición de dominio

Relacionado con este mayor papel de las plataformas digitales en la economía, cabe observar un mayor protagonismo de los abusos de posición dominante de carácter explotativo en los expedientes abiertos por la CE y las autoridades de competencia nacionales de la UE, a diferencia del papel residual que, salvo en España, jugaban en el pasado y en el que se priorizaba combatir aquellos abusos cuyos efectos buscaban excluir a los competidores de un determinado mercado ("abusos exclusionarios") por el notable impacto de estos en la estructura competitiva. Este repunte en la persecución de los denominados "abusos explotativos" se ha visto acompañado de una nueva sensibilidad de las autoridades de competencia por los efectos redistributivos y de bienestar del consumidor, especialmente en mercados digitales y sectores regulados.

---

capacidad de restringir la competencia ni, en particular, de producir los efectos de expulsión del mercado que se le imputan.

139 En tal supuesto, la Comisión no sólo está obligada a analizar, por una parte, la importancia de la posición dominante de esa empresa en el mercado de referencia y, por otra, el porcentaje del mercado cubierto por la práctica criticada y las condiciones y las modalidades de concesión de los descuentos de que se trata, su duración y su importe, sino que también está obligada a apreciar la eventual existencia de una estrategia destinada a expulsar del mercado a competidores al menos igualmente eficaces (véase, por analogía, la sentencia de 27 de marzo de 2012, Post Danmark, C209/10, EU:C:2012:172, apartado 29)."

[101] De acuerdo con la información pública disponible en el siguiente enlace de la CNMC

https://www.cnmc.es/buscador?f%5B0%5D=ambito_de_actuacion%3A8&f%5B1%5D=procedimiento%3A37&-f%5B2%5D=type%3Aexpediente&f%5B%5D=estado_del_expediente%3A1400

[102] Este mayor peso de las plataformas digitales en la economía se debe a su papel cada vez más importante en la contratación de bienes y servicios. A ello se suma que, por las propias características del modelo de negocio de las plataformas (economías de red, economías de escala), los mercados donde se encuentran presentes las plataformas tienen una tendencia natural a la concentración (LEVIN, 2013).

Cabe recordar que los abusos explotativos son aquellos en los que la conducta no implica necesariamente la expulsión de los rivales o el incremento de sus barreras de entrada, sino que se caracterizan por ser abusos de poder susceptibles de causar un perjuicio inmediato o directo a los consumidores[103] o socios comerciales, mediante, por ejemplo, la imposición de precios de compra, de venta u otras condiciones contractuales no equitativas.[104]

Más concretamente, un análisis detenido de los expedientes recientes en materia de abuso de posición dominante revela que este mayor protagonismo del abuso explotativo se debe, en buena medida, al modelo de negocio imperante en las plataformas digitales, en el que la explotación de los datos de los usuarios y las distintas condiciones contractuales impuestas a usuarios comerciales y finales elevan el riesgo de que se genere un daño directo a los usuarios de uno o ambos lados.[105] A diferencia de los consumidores finales de las plataformas, que gozan de la protección otorgada por la legislación de protección del consumidor, las empresas usuarias de los servicios provistos por estas plataformas, a menudo pymes, no gozan de dicha protección a la hora de luchar contra los desequilibrios que puedan establecer las plataformas dominantes a su favor en dicha relación comercial. En este sentido, cabe señalar que la aplicación del reglamento P2B[106], dirigido precisamente a la protección de estos usuarios profesionales, no ha sido relevante en la práctica.

Este último punto pone de manifiesto que, frente a los expedientes pretéritos en materia de abuso explotativo, que se centraban casi por entero en la existencia de precios excesivos, la nueva oleada de expedientes en materia de abuso explotativo ha pasado a centrarse principalmente en la imposición de condiciones comerciales no equitativas, ya sea bajo el artículo 102 (a) del TFUE, ya sea bajo el artículo 2.2 (a) de la LDC.

Este ha sido ciertamente el caso de la práctica reciente de la CE, quien en su decisión en el caso AT.40437 – *Apple – App Store Practices (music streaming)* establece, además, un test en tres pasos basado en la jurisprudencia comunitaria que señala los requisitos que ha de reunir una condición comercial para constituir un abuso de posición dominante (párrafos 528 y 529):

- tratarse de una condición impuesta por un operador dominante a sus socios comerciales;[107]
- resultar desfavorable a los intereses del socio comercial o de terceros;[108] y
- no ser necesaria para alcanzar un objetivo legítimo o no proporcionada en tanto va más allá de lo estrictamente necesario.[109]

[103] Sentencia de 30 de septiembre de 2003 en el Asunto T-191/98 EU:T:2003:245, apartado 1124.
[104] Artículos 102.a) del TFUE y 2.2.a) de la LDC.
[105] Charles River Associates, 2025, 06:40.
[106] Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativo al fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea (*Platform-to-Business Regulation, P2B*), DOUE L 186, de 11 de julio de 2019, pp. 57-79.
[107] Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1974 en el Asunto C-127/73, EU:C:1974:25, apartado 15, y de 23 de septiembre de 1986 en el Asunto C247/86, EU:1988:469, apartado 10.
[108] Sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 1978 en el Asunto C-27/76, EU:C:1978:22, apartados 156 a 159, y de 11 de abril de 1989 en el Asunto C-66/86, EU:C:1989:140, apartados 42 y 46.
[109] Sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de marzo de 1974 en el Asunto C-127/73, EU:C:1974:25, apartado 11, y del Tribunal General de 22 de noviembre de 2001 en el Asunto T-139/98, EU: T:2001:272, apartado 79.

En España cabe observar un ejemplo reciente de esta tendencia en la resolución de la CNMC en el expediente sancionador S/0005/21 BOOKING, donde una de las infracciones por abuso de posición dominante sancionadas fue de carácter explotativo, con una multa de 206.620.000 de euros, señal de la gravedad que la CNMC concedió a este tipo de prácticas en el mercado.[110]

Nuevas formas de remediar las situaciones anticompetitivas

En el ámbito del derecho de la competencia, las medidas correctivas o remedios pueden ser restricciones que imponen las autoridades de competencia o compromisos que asumen las empresas como medio para corregir un perjuicio a la competencia o resolver los problemas de competencia detectados para lograr una restauración efectiva de la competencia.[111] La habilitación legal de la CE y de la CNMC para imponer estas medidas en el marco de los procedimientos sancionadores por abusos de posición de dominio se regula en los artículos 7.1 del Reglamento 1/2003 y 52.2 de la Ley 53.2 de la Ley 15/2007, respectivamente. Por otro lado, la posibilidad de que estos mismos organismos conviertan los compromisos propuestos por las empresas en obligatorios, finalizando con el procedimiento sancionador, se regula en los artículos 9.1 del Reglamento 1/2003 y 52 de la Ley 15/2007.

Tradicionalmente, las decisiones en las que estas autoridades han impuesto los remedios a las empresas sancionadas se han limitado a ordenar la cesación de las conductas prohibidas (*cease and desist*), mientras que las decisiones de compromisos con un control de proporcionalidad menos estricto que las decisiones de remedios[112] y más recientes en cuanto a su existencia[113] se suelen caracterizar por un diseño más complejo o sofisticado. No obstante, estas órdenes de cesación han evolucionado desde su concepción estática primigenia hacia prohibiciones más amplias que abarcan también aquellas conductas equivalentes a la conducta sancionada, ya sea por su objeto o por su efecto (*like-object-or-effect orders*). Dotando de un mayor dinamismo a estas órdenes de cese se busca prevenir que la empresa sancionada eluda la aplicación del remedio impuesto evitando así su efectivad, por lo que

[110] Más recientemente, la CNMC ha incoado expediente sancionador contra Apple (expediente S/0005/24) por la imposición de posibles condiciones comerciales inequitativas a los desarrolladores que utilizan las tiendas de aplicaciones del grupo Apple (Apple App Store) para distribuir aplicaciones a los usuarios de productos de dicha empresa.

[111] De acuerdo con la definición del término "*Remedies (antitrust)*" del Diccionario de derecho de Competencia de la revista Concurrences; HALPERIN, Michal; Remedies; Competition Law Dictionary; Concurrences; Art. N° 12302.

[112] Sentencias de 29 de junio de 2010, Comisión/Alrosa, C-441/07 P, EU:C:2010:377, apartado 41 y de 9 de diciembre de 2020, Group Canal +/Commission, C-132/19, ECLI:EU:C:2020:1007, apartado 105.

[113] Las decisiones formales de compromisos no se introdujeron en el derecho de la competencia de la UE hasta la entrada en vigor del Reglamento 1/2003, cuyos efectos comenzaron el 1 de mayo de 2004, siendo la primera decisión que aplicó su artículo 9 a una investigación por abuso de posición de dominio la Decisión de la Comisión de 22 de junio de 2005 en el Asunto COMP/A.39.116/B2 - Coca-Cola. Por su parte, estas decisiones ya se encontraban previstas en el derecho de la competencia español desde la entrada en vigor el 29 de marzo del 2000 de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, que precedió a la vigente Ley 15/2007, siendo la primera decisión que aplicó las terminaciones convencionales de su artículo 36 bis a una investigación por abuso de posición de dominio el Acuerdo de Terminación Convencional de 27 de noviembre de 2003 en el Expediente 2398/02 DAMA/SGAE.

esta práctica parece haberse instaurado como el remedio tipo por excelencia ante la creciente complejidad de los modelos de negocio y mercados en los que intervienen actualmente las autoridades de competencia.

No obstante, a pesar de estas innovaciones, un reciente informe de la CE en el que se evaluaba la implementación y efectividad de remedios en la UE[114] ha puesto de manifiesto la falta de efectividad de muchos de estos remedios cuando se imponen en entornos complejos como los de los mercados digitales. El análisis del informe confirma que los remedios puramente conductuales han sido los menos propensos a resultar plenamente efectivos por debilidades en su diseño, como la ambigüedad de ciertas obligaciones, la insuficiente comprobación de su cumplimiento y efectos o la incapacidad para disuadir de la reincidencia por la persistencia de incentivos a continuar con la infracción.

Entre las conclusiones de dicho informe se señalaba que la experiencia reciente y la evidencia acumulada apuntan a que una de las claves para aumentar la eficacia de los remedios conductuales en abusos de posición de dominio pasa por repensar el proceso de remedios como una fase diferenciada y más colaborativa, una vez acreditada la infracción. Para ello, el estudio recomienda, entre otras medidas, separar la decisión de infracción y la de remedios en casos complejos; medida que ya ha comenzado a implementar la CE. De hecho, desde su Dirección General de Competencia se ha señalado recientemente la voluntad de intensificar la interacción con las empresas tras la determinación de responsabilidad, separando con mayor frecuencia las etapas de imputación de responsabilidad y establecimiento de remedios para diseñar soluciones que se adapten mejor a las concretas distorsiones de la competencia detectadas.[115]

El informe también recomienda establecer obligaciones "de hacer" claras y auditables cuando el mero cese de la conducta no sea suficiente para restablecer las condiciones competitivas del mercado afectado. Asimismo, incide en la importancia de la colaboración con el mercado mediante la consulta pública de las propuestas de remedios para que las partes interesadas y otros operadores del mercado puedan opinar sobre su efectividad. Estas medidas buscan contribuir a aumentar la calidad del diseño de los remedios, su legitimidad y la probabilidad de su eficacia *ex post*.

En definitiva, el futuro de la aplicación de remedios en los expedientes sancionadores por infracción de los artículos 102 del TFUE o 2 de la LDC pasa por aumentar su efectividad mediante la incorporación de mejoras en su proceso de diseño y de verificación. El caso de *Google Adtech*[116] de la CE es un buen ejemplo de esta nueva práctica que parece estar llamada a consolidarse en el futuro.

[114] Comisión Europea, 2025.

[115] Charles River Associates, 2025, 01:05:00.

[116] Caso AT.40670 *Google - Adtech and Data-related practices* en cuya decisión de fecha 5 de septiembre de 2025 se concluyó que Google ha abusado de su posición de dominio desde 2014 en el mercado del Espacio Económico Europeo (EEE) de herramientas de compra programática de anuncios para la web abierta y en el mercado del EEE de servidores publicitarios para editores imponiéndole una multa y ordenando el cese efectivo de las prácticas controvertidas. No obstante, esta decisión no llega a concretar los remedios específicos para abordar los conflictos de interés detectados por la CE a lo largo de la cadena de servicios de intermediación

Propuestas de reforma

Como resultado del creciente protagonismo del abuso de posición dominante en la actividad de las autoridades de competencia de la UE, la CE ha considerado necesario mejorar la previsibilidad y administrabilidad de su aplicación mediante la propuesta de una directrices sobre el abuso de exclusión, que están llamadas a sustituir las actuales orientaciones sobre prioridades.[117] Esta iniciativa se lanzó el 27 de marzo de 2023[118] y, en el marco de la misma, se llevó a cabo una consulta pública sobre un borrador de dicha propuesta de directrices[119], estando prevista la adopción del texto definitivo hacia mediados de 2026.

Estas futuras directrices suponen un ejercicio más ambicioso y útil que las actuales orientaciones por diversos motivos. En primer lugar, las directrices destacan por su objetivo, dado que, mientras que las actuales orientaciones limitan su papel, como su nombre indica, a orientar sobre cuáles son las prioridades de la CE a la hora de realizar investigaciones por abuso de exclusión (y, al hilo de ello, proporcionan el marco analítico seguido por la CE para determinar si una determinada conducta constituye abuso de exclusión), las directrices persiguen exponer cómo se debe aplicar la legislación en materia de abuso a la luz de la práctica decisional y la jurisprudencia.

Como consecuencia de su objetivo y tema cubierto, la extensión de uno y otro documento es muy dispar: mientras que el borrador de directrices alcanza una extensión de 60 páginas, las actuales orientaciones 21 páginas aproximadamente, señal de que las nuevas directrices tratan de ofrecer un ejercicio de transparencia al administrado más completo.

Además, las directrices tienen la ventaja de incorporar la última jurisprudencia, ya que desde 2009 (fecha en la que se publicaron las orientaciones) se han producido novedades relevantes en el ámbito jurisprudencial que hacen más que aconsejable su recopilación en un documento que sirva de orientación al público en general (y a las autoridades de competencia y tribunales nacionales, en particular) en su labor de aplicación del artículo 102 del TFUE.

En este sentido, cabe destacar que las futuras directrices contendrán una explicación muy útil en relación con los dos principales elementos que se emplean para acreditar que una conducta empresarial constituye una infracción de abuso de exclusión bajo el artículo 102 del TFUE: (i) cuando considerar que una conducta no constituye competencia basada en los méritos y (ii) cómo valorar que una conducta tiene capacidad de producir efectos de exclusión.

---

de tecnología publicitaria, sino que difiere esta cuestión a una decisión posterior para evaluar las medidas propuestas por Google al efecto y los comentarios de los operadores del mercado.

[117] Estas directrices no resultan solamente útiles en materia de abuso de exclusión, sino que también arrojan luz sobre cómo debe llevarse a cabo el análisis de la existencia de posición dominante, tanto individual como colectiva.

[118] La iniciativa se lanzó formalmente recabando la opinión de terceros de acuerdo con lo recogido en el siguiente enlace https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13796-Guidelines-on-exclusionary-abuses-of-dominance_es

[119] El texto de este borrador se puede consultar en el siguiente enlace https://competition-policy.ec.europa.eu/public-consultations/2024-article-102-guidelines_en

Además de este marco general para establecer que una conducta constituye un abuso de exclusión, el borrador de directrices también recoge unos tests y presunciones que la jurisprudencia habría ido fijando para acreditar la existencia de tipos concretos de abuso de posición dominante (como podría ser el caso de la negativa de suministro), tests y presunciones que sustituirían, en dichos tipos concretos de abuso, al ejercicio general de dos pasos empleado para mostrar que una conducta constituye un abuso de exclusión (i.e., ausencia de competencia basada en los méritos y capacidad de producir efectos de exclusión).

Si bien esta iniciativa ha sido acogida en general de forma positiva, la forma en que la CE ha plasmado este ejercicio ha sido objeto de crítica en la fase de consulta pública por diversos motivos. Así, por ejemplo, se ha argumentado que la CE ha realizado una recopilación parcial de decisiones y jurisprudencia en el borrador y se ha esgrimido que las presunciones sobre conductas que deben ser consideradas abusos no se encontrarían plenamente respaldadas por la jurisprudencia. Habrá que aguardar, por tanto, al texto definitivo (todavía no aprobado en el momento de redacción del presente artículo) para comprobar cómo la CE ha conjugado todas las opiniones de las voces autorizadas que se han pronunciado al respecto.

Junto con estas futuras directrices, la CE se encuentra también considerando la posibilidad de revisar el actual Reglamento 1/2003, lo cual también tendrá un efecto notable en la aplicación del artículo 102 del TFUE tanto por la propia CE como por las autoridades nacionales de competencia, si bien a fecha de redacción del presente artículo (enero de 2026) la CE todavía no ha presentado un borrador de reforma.[120] En particular, dicha reforma influirá a nivel procedimental en cómo las autoridades investigan las infracciones de los artículos 101 y 102 del TFUE.

Una de las preocupaciones que han surgido a raíz del ejercicio de evaluación del desempeño del Reglamento 1/2003 en los últimos 20 años es la prolongada duración de las investigaciones por parte de la CE, no sujeta a plazos, lo cual resta efectividad a la eventual decisión adoptada a la hora de restaurar la competencia en el mercado, al hacer los cambios introducidos por la práctica sancionada más difíciles de deshacer.

Otra de las cuestiones que la CE ha señalado que podría ser objeto de reforma en el Reglamento 1/2003 sería la adopción de medidas cautelares por parte de la CE, con el fin de aligerar los requisitos que debe cumplir la CE para poder adoptarlas, a diferencia de la pron-

[120] Este ejercicio de reflexión de la CE sobre la necesidad de reformar el Reglamento 1/2003 se produce tras haber llevado a cabo una evaluación de dicho reglamento, para analizar si dicho reglamento continuaba siendo adecuado tras 20 años de aplicación, evaluación que se inició en marzo de 2022. Fruto de esta evaluación, en septiembre de 2024, la CE publicó un documento de trabajo que recogía las conclusiones de dicha evaluación, disponible en https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/13431-EU-antitrust-procedural-rules-evaluation_en

Con posterioridad, ha tenido lugar una consulta pública sobre las opciones de reforma del Reglamento 1/2003, que finalizó el 25 de octubre de 2025 y cuyos resultados se pueden consultar en https://competition-policy.ec.europa.eu/antitrust-and-cartels/legislation/regulation-12003_en

titud con que las pueden adoptar Estados Miembros como España, Francia e Italia.[121][122] Cabe resaltar que la adopción de medidas cautelares tiene una importancia nada desdeñable en los procedimientos por infracción del artículo 102 del TFUE, dado que permite impedir que se produzcan daños irreversibles en la estructura del mercado mientras se investiga la conducta, lo cual ha cobrado una renovada importancia en mercados dinámicos como los digitales.

La interrelación entre la regulación y el derecho de la competencia

Finalmente, este ejercicio de análisis del estado de situación de la figura del abuso no sería completo sin hacer referencia a la reciente irrupción en el seno de la UE de normas destinadas a regular la actividad de las plataformas digitales.

Como se ha apuntado anteriormente, la última década ha precipitado un cambio de paradigma en la aplicación del derecho de la competencia en algunos sectores, pero especialmente en el sector de los mercados digitales. Junto al derecho de la competencia, la UE ha desplegado el Reglamento de Mercados Digitales o *Digital Markets Act* (en adelante, el "DMA")[123]: un instrumento *ex ante* que se dirige a las prácticas de un número limitado de empresas previamente designadas por ejercer una influencia significativa en la esfera digital (los "guardianes de acceso") respecto de determinados servicios básicos de plataforma (actualmente, los servicios de intermediación en línea —como los mercados en línea o las tiendas de aplicaciones—, los motores de búsqueda en línea, los servicios de redes sociales en línea, los servicios de plataforma de intercambio de vídeos, los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, los sistemas operativos, los asistentes virtuales, los navegadores web, los servicios de computación en la nube y los servicios de publicidad en línea).

Ese giro no ha desplazado la vía tradicional de la aplicación del artículo 102 del TFUE (y su equivalente nacional: el artículo 2 de la LDC), sino que la ha complementado. El nuevo sistema legal permite que la CE aborde ahora de forma preventiva patrones de conducta concretos, mientras todas las autoridades de competencia mantienen la capacidad de perseguir abusos de exclusión y explotación caso por caso. Para ello, los considerandos 10 y 11 del DMA establecen la complementariedad con el derecho de la competencia como uno de los principios inspiradores de esta regulación. También confirman que pueden existir conductas que sean a la vez infracciones del derecho de la competencia y del DMA, pudiendo aplicarse indistintamente ambos instrumentos para atajarlas.

Como el derecho de la competencia sigue siendo de aplicación a los mercados digitales, incluyendo a los guardianes de acceso y en relación con servicios básicos de plataforma y

[121] De acuerdo con las siguientes declaraciones recogidas en el siguiente artículo https://content.mlex.com/#/content/1708404/italy-brazil-s-speedy-whatsapp-interventions-highlight-limits-of-eu-rules-top-enforcer-says

[122] Un ejemplo de esta adopción de medidas cautelares se dio en el caso abierto por la autoridad italiana de competencia contra Meta por su decisión de integrar su asistente de inteligencia artificial en el servicio de mensajería Whatsapp e impedir la utilización en él de asistentes de IA de terceros.

[123] Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las Directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828.

conductas afectadas por el DMA, un guardián de acceso podría infringir con la misma conducta tanto el DMA como el derecho de la competencia. Esto es así debido a que ambos instrumentos pueden ser aplicables sin que surjan problemas de *bis in idem*, puesto que el interés legal o bien jurídico protegido de ambos instrumentos difiere[124]: mientras que la política de competencia protege la competencia no falseada en el mercado (en cualquier mercado a nivel general), el DMA persigue garantizar que los mercados digitales donde haya guardianes de acceso sean y sigan siendo disputables y equitativos, independientemente de los efectos, contribuyendo así al correcto funcionamiento del mercado interior.

En cualquier caso, la aplicación práctica de esta dualidad normativa está demostrando que las autoridades europeas de competencia están coordinándose para operar de forma coherente con el fin de evitar solapamientos sancionadores y de asegurar el establecimiento de remedios compatibles y eficaces. Por ello, este amplio abanico de instrumentos legales augura un futuro de estrecha cooperación entre las autoridades nacionales de competencia y la CE para asegurar una utilización eficiente de las herramientas disponibles y la reducción de las cargas administrativas que su cumplimiento implica para las empresas.

De hecho, como muestra de la complementariedad de ambos instrumentos, a finales de 2024 la CE ha decidido iniciar la investigación de determinadas conductas por la vía del artículo 102 del TFUE en lugar del DMA a pesar de que estas tendrían relación con los servicios básicos de plataforma para las que las empresas investigadas han sido designadas guardianes de acceso. [125]

Por otro lado, el DMA no es aplicable a otros contextos de los mercados digitales como los siguientes: (i) empresas que no han sido designadas como guardianes de acceso; (ii) guardianes de acceso que ofrecen servicios distintos de los definidos como servicios básicos de plataformas por el DMA o servicios para los que no han sido designados como tales; y (iii) guardianes de acceso que proporcionan servicios básicos de plataformas para los que han sido designados, pero llevan a cabo conductas que no están incluidas entres las obligaciones y prohibiciones del DMA. Por lo tanto, incluso tras la plena efectividad del DMA, la continuidad de la aplicación de las normas que prohíben el abuso de una posición de dominio en el sector digital tanto por la CE como por las autoridades nacionales de competencia está garantizada en el futuro.

4. Conclusiones

La panorámica trazada a lo largo de este artículo muestra cómo la figura del abuso de posición dominante goza actualmente de buena salud tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el comunitario. Además, desde la publicación del primer Anuario de Defensa de la Competencia, la figura ha experimentado una notable evolución, habiendo ganado en sofisticación de análisis por parte de las autoridades de competencia.

[124] Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de marzo de 2022 en el Asunto C-117/20, ECLI:EU:C:2022:202, apartado 49.

[125] Casos AT.41034 contra Meta Platforms, Inc. y AT.40983 contra Alphabet Inc y Google LLC.

Como se ha argumentado previamente, en ese renovado ímpetu ha jugado un papel destacado la irrupción de las plataformas digitales en la economía y los particulares desafíos que ello plantea desde el punto de vista de la política de competencia. Por ello, quizá no resulte del todo exagerado sostener que los desafíos que plantea el creciente peso de las plataformas digitales en nuestras economías están dando lugar, a nivel sustantivo, a la mayor revolución en el moderno derecho de la Competencia desde su nacimiento a finales del siglo XIX, cuando se trató de dar respuesta a los problemas que planteaban los monopolios que controlaban la economía de Estados Unidos por aquel entonces. Estos desafíos conectan, además, de una forma un tanto poética, con las viejas preocupaciones que inquietaron a los economistas ordoliberales en torno a los peligros que encierra la concentración del poder económico.

En este sentido, la adopción del DMA por la UE, más que una erosión del papel de la política de competencia ha supuesto un complemento necesario para que los poderes públicos puedan abordar de modo eficaz los problemas que plantea el gran poder de mercado de estas grandes plataformas digitales. Mientras que la política de competencia ha permitido atajar problemas concretos planteados por la actividad de estas plataformas, el DMA, como toda regulación, permitirá abordar de forma más ágil, mediante un control *ex ante*, problemas generales que la experiencia ha mostrado que están presentes en la actividad de estas plataformas.

A la vista de la evolución experimentada por los expedientes sancionadores en materia de abuso de posición dominante descritos en el presente artículo, puede augurarse una consolidación y extensión de las tendencias actualmente en fase de implementación y desarrollo. En este escenario de mayor sofisticación y complejidad en la aplicación de la prohibición y los remedios de estas conductas, la coordinación y cooperación internacional e interinstitucional se perfila como un factor clave para el éxito de las políticas de competencia en la UE.

Bibliografía

AHLBORN, C., PADILLA, J., From Fairness to Welfare: Implications for the Assessment of Unilateral Conduct under EC Competition Law, en EHLERMANN, C.-D. – MARQUIS, M. (eds.), *European Competition Law Annual 2007: A Reformed Approach to Article 82 EC*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2008.

AKMAN, P., *Searching for the Long-Lost Soul of Article 102 TFEU*, *Oxford Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 11, nº 4, 2020.

ALONSO SOTO, R., Las recientes modificaciones de la Ley de Defensa de la Competencia. La necesidad de la reforma y las principales novedades, en BENEYTO PÉREZ, J. M. (dir.), MAILLO GONZÁLEZ-ORTÚS, J. (coord.), *El Nuevo Derecho Comunitario y Español de la Competencia*, Bosch, Barcelona, 2002.

BAILEY, D. A., JOHN, L. E. (eds.), *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, 8.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2018.

BEHRENS, P., The ordoliberal concept of "Abuse" of a dominant position and its impact on Article 102 TFEU, en DI PORTO, F. – PODSZUN, R. (eds.), *Abusive Practices in Competition Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2018.

BENEYTO PÉREZ, J. M., TRONCOSO FERRER, M., Objeto, evolución y perspectiva del Derecho de la Competencia, en BENEYTO PÉREZ, J. M. – MAILLO GONZÁLEZ ORÚS, J. (drs.), *Tratado de Derecho de la Competencia*, Tomo I, 2.ª ed., Bosch-Wolters Kluwer, Barcelona, 2017.

BERENGUER FUSTER, L., El nuevo sistema español de defensa de la competencia, en RUIZ PERIS, J. I. (dir.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

BORK, R., *The Antitrust Paradox. A Policy at War with Itself*, Basic Books, New York, 1978.

CAFFARRA, C., "Consumer Welfare is Dead": What Do We Do Instead? A Perspective from Europe, *Promarket*, 27 de abril de 2023.

CALVO CARAVACA, A. L., *Derecho Antitrust Europeo*, Tomo I, Colex, Madrid, 2009.

Charles River Associates. *CRA Brussels Conference 2025: Dominance and Disruption: Article 102 TFEU in the Digital Age* [video en línea]. 9 de diciembre de 2025. Disponible en YouTube: https://www.youtube.com/watch?v=lJAVm3mKbt4 [última consulta: 08/01/2026].

Comisión Europea. *Ex-post evaluation of the implementation and effectiveness of EU antitrust remedies* [en línea]. Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2025. ISBN 978-92-68-24465-4. DOI 10.2763/4894234. Disponible en: https://competition-policy.ec.europa.eu/document/download/53e9348d-4f11-46ef-9098-526e24313ee8_en?filename=kd0125000enn_ex-post_evaluation_antitrust_remedies_study_e-version.pdf [última consulta: 08/01/2026]

EZRACHI, A., EU Competition Law Goals and the Digital Economy, *Oxford Legal Studies Research Paper*, nº. 17/2018, junio de 2018.

FONT GALÁN, J. I., *La libre competencia en la Comunidad Europea*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1986.

GARRIGUES, J., *La defensa de la competencia mercantil: cuatro conferencias sobre la Ley española de 20 de julio de 1963 contra prácticas restrictivas de la competencia*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964.

GUTIÉRREZ CARRIZO, I., «Un repaso a la historia y al futuro del abuso de posición de dominio en España», pendiente de publicación.

HEALEY, Deborah, et al. *The Competition Law Dictionary*. Paris: Institute de Droit de la Concurrence, 2022.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., Una introducción a la Ley 16/1989 de defensa de la competencia: la tradición norteamericana y el contexto comunitario, *Ekonomiaz. Revista Vasca de Economía*, núm. 21, *Política de competencia y competitividad.*

IBÁÑEZ COLOMO, P., *The New EU Competition Law*, Bloomsbury Publishing, Oxford, 2023.

JEBSEN, P., STEVENS, R., «Assumptions, Goals and Dominant Undertakings: The Regulation of Competition under Article 86 of the European Union», *Antitrust Law Journal*, vol. 64, nº 3, 1996, pp. 449-450.

JOLIET, R., *Monopolization and Abuse of Dominant Position. A Comparative Study of the American and European Approaches to the Control of Economic Power*, Collection Scientifique de la Faculté de Droit de l'Université de Liège, núm. 31, Martinus Nijhoff, La Haye, 1970.

JONES, A., SUFRIN, B., DUNNE, N., *EU Competition Law*, 7.ª ed., Oxford University Press, Oxford, 2019.

KHAN, L. M., Amazon's Antitrust Paradox, *Yale Law Journal*, nº. 126, 2016.

KORAH, V., *An Introductory Guide to the EC Competition Law and Practice*, 8.ª ed., Hart Publishing, Oxford, 2004.

KORAH, V., Concept of a dominant position within the meaning of Article 86, *Common Market Law Review*, vol. 17, 1980.

LEVIN, Jonathan: *The Economics of Internet Markets*, en *Advances in Economics and Econometrics Tenth World Congress*, editado por Daron Acemoglu, Manuel Arellano y Eddie Dekel, Cambridge University Press, 2013.

PADILLA, J., Whither Article 102 TFEU: A Comment on Akman and Crane, *Antitrust Law Journal*, nº. 81-1, 2016.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., La introducción del análisis económico en la prohibición del abuso de una posición de dominio, en BERENGUER FUSTER, L. – GINER PARREÑO, C. A. – ROBLES MARTÍN-LABORDA, A., *La nueva legislación española ante la evolución del Derecho de la Competencia*, Fundación Rafael del Pino – Marcial Pons, Madrid, 2010, pp. 174-185.

VESTAGER, M., Article 102: The Beating Heart of Antitrust in the EU, discurso ante el *Global Competition Law Center*, College of Europe, 1 de marzo de 2024.

WAELBROECK, M. – FRIGNANI, A., *Derecho Europeo de la Competencia*, Bosch, Barcelona, 1998.

WU, T., *The Curse of Bigness: How Corporate Giants Came to Rule the World*, Atlantic Books, Londres, 2020.

Pasado, presente y futuro del artículo 3 LDC

Autores[1]**:**

Beatriz de Guindos Talavera, Técnico Comercial y Economista del Estado, Directora de Conocimiento y Contenidos de ICEX, Directora de la Competencia de la CNMC julio 2018-septiembre 2021

Carmen M. Cerdá Martínez-Pujalte, Subdirectora de Cárteles y Clemencia, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, Doctora en Derecho

Resumen:

El artículo analiza la evolución del artículo 3 de la de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC 2007) —y su antecedente en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia (LDC 1989)—, un precepto que ha suscitado un constante debate doctrinal. A partir de su desarrollo normativo y aplicación práctica, se examina su función como instrumento de cierre del sistema y se pone de relieve su utilidad para preservar la competencia efectiva en contextos actuales especialmente sensibles a la aparición de prácticas desleales con impacto estructural.

Palabras clave:

Política de la competencia, competencia desleal, interés público, sectores regulados, integración vertical, mercados de red, mercados digitales.

Códigos JEL:

K21, K23, K42, L40, L41, N44

[1] Las opiniones expresadas en el artículo pertenecen a los autores y no representan necesariamente la posición de las instituciones de las que forman parte.

1. Introducción

Desde 1996, año de publicación del primer Anuario de Competencia, hasta el momento actual, tres décadas más tarde, el Derecho de la competencia en España, y en todo el mundo, ha experimentado una profunda transformación.

En efecto, el Derecho de la competencia ha evolucionado en respuesta a significativas transformaciones económicas y a sucesivas crisis que han alterado las dinámicas de los mercados. El proceso de liberalización económica de los años 90, la consolidación de las reformas estructurales en la primera década del siglo XXI y, posteriormente, la globalización, la digitalización y la creciente importancia de los activos intangibles (datos, algoritmos, propiedad intelectual, talento) han modificado sustancialmente la estructura competitiva, favoreciendo procesos de concentración y la consolidación de mercados con fuertes efectos de red y tendencias a la dominancia.

Todos estos cambios han venido acompañados de una evolución del marco jurídico y de la práctica decisoria de las autoridades de competencia, que, a medida que han acumulado experiencia, han debido enfrentarse a casos cada vez más sofisticados, lo que se ha traducido en una progresiva reorientación desde los mecanismos tradicionales de *enforcement* —particularmente en materia de cárteles— hacia instrumentos más diversos, como el control de concentraciones, abusos de posición dominante cada vez más complejos o mecanismos de intervención preventiva.

No obstante, algo que no ha cambiado lo más mínimo a lo largo de estas tres décadas es el debate doctrinal que siempre ha generado la aplicación, incluso la mera existencia, del artículo 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC 2007) y su antecesor, el artículo 7 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia (LDC 1989), sin parangón en Derecho comunitario.

A pesar de las constantes críticas que durante toda su existencia ha cosechado[2], se ha afirmado, no sin razón, que este precepto vendría a constituir una norma de cierre del sistema de defensa de la competencia, al dotarlo de un instrumento disuasorio, particularmente, frente a conductas unilaterales de empresas no dominantes que, desde una posición fuerte o significativa, pretendan adueñarse del mercado mediante métodos desleales[3].

Pues bien, partiendo de las transformaciones experimentadas en las últimas décadas y de la singularidad del propio precepto, el presente artículo adopta una perspectiva analítica del

[2] V., entre otros, MONTAÑA, M. "Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales", en ODRIOZOLA, M. (Dir.), IRISSARRY, B. (Coord.), *Derecho español de la competencia, Barcelona*, 2008, pp. 194-196 y, más recientemente, DÍEZ ESTELLA, F. *Las prácticas anticompetitivas en el Derecho español: arts. 1, 2 y 3 LDC,* Barcelona, 2024, pp.321-392.

[3] ALONSO SOTO, R. "Competencia desleal y defensa de la competencia en España", *Información Comercial Española*, núm. 750/96, febrero, p. 14; COSTAS COMESAÑA, J. "Los actos desleales contrarios al interés público", en AA.VV. (Dir. RUIZ PERIS, J. I.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Valencia, 2008, p. 71 y ss. En contra, MASSAGUER, J.; "Artículo 3. Falseamiento de la competencia por actos desleales", en MASSAGUER, J./FOLGUERA, J./SALA ARQUER, J.M./GUTIÉRREZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Pamplona, 2008, pp. 204-2005.

mismo que abarca, fundamentalmente, desde la LDC 1989 hasta la actualidad, en línea con las tres décadas del Anuario de Competencia que motivan este trabajo. Desde este enfoque, se examinará la evolución normativa del precepto y su aplicación práctica, así como la progresiva delimitación de los requisitos típicos del ilícito durante todos estos años de aplicación. Sobre esta base, se analizará, especialmente, su proyección en sectores propensos a comportamientos desleales, en muchos casos durante su proceso de liberalización y, finalmente, se ofrecerá un análisis crítico del debate doctrinal en torno a la conveniencia de su mantenimiento y posibles vías de aplicación futura en un entorno económico en constante transformación.

2. La evolución normativa de la prohibición de las conductas prohibidas por actos de competencia desleal en el ordenamiento español

La LDC 1989, junto a los supuestos clásicos de prohibición colusorio y abusivo, incorporó, en su artículo 7, al elenco de prácticas prohibidas el supuesto que ahora nos ocupa, esto es, **el falseamiento de la libre competencia por actos desleales**, sin precedente en nuestra anterior legislación de la competencia, Ley 110/1963, de 20 de julio, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia (Ley 1963), ni en la legislación comunitaria de competencia. El tenor original del precepto rezaba del siguiente modo:

> *Artículo 7. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.*
>
> *El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear de manera sensible la libre competencia, en todo o en parte del mercado nacional, afectan al interés público.*

Se configuraba así un nuevo ilícito *antitrust* que tenía por objeto la represión de ciertos comportamientos desleales que reunieran determinadas condiciones, en particular, aquellos actos de competencia desleal que, al falsear de manera sensible la libre competencia, afectaran al interés público. No obstante, desde su origen quedó claro que no se trataba de una represión general de todos los ilícitos desleales, cuya regulación se contiene en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD) y cuya persecución corresponde a los jueces y tribunales de la jurisdicción ordinaria, sino de una intervención limitada a supuestos con relevancia para la estructura o funcionamiento del mercado.

En consecuencia, puede decirse que, a partir de la entrada en vigor de la LDC 1989, el campo de acción de la autoridad española de competencia es triple: en primer lugar, las prácticas colusorias; en segundo término, las prácticas abusivas y, en tercer lugar, las prácticas desleales que afecten al interés público. El artículo 7 fue, por lo tanto, a nuestro juicio, norma

constitutiva de un nuevo ilícito *antitrust* con plena autonomía tipológica[4], configuración que ha persistido hasta la actualidad[5].

Una década más tarde, mediante la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, la redacción original fue reformulada en los siguientes términos:

> *Artículo 7. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.*
>
> *1. El Tribunal de Defensa de la Competencia conocerá, en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal siempre y cuando concurran las siguientes circunstancias:*
>
> *a) Que ese acto de competencia desleal distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado.*
>
> *b) Que esa grave distorsión afecte al interés público.*
>
> *2. Cuando, a juicio del Servicio de Defensa de la Competencia, no concurran dichas circunstancias, procederá al archivo de las actuaciones.*

Como se puede observar, esta nueva redacción, sin suponer un cambio sustancial en sus requisitos de aplicación, reforzaba la idea de que el falseamiento o distorsión de las condiciones de competencia en este ámbito debían de ser especialmente graves. La propia Exposición de motivos de la ley de reforma lo expresaba del siguiente modo: *"[L]a aprobación con posterioridad a la Ley 16/1989 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, aconseja establecer claramente que la actuación de los órganos de competencia en relación con el artículo 7 de la Ley 16/1989 debe limitarse a aquellos actos desleales que distorsionen gravemente las condiciones de competencia en el mercado con grave afectación del interés público, dejando a los tribunales ordinarios el conocimiento y enjuiciamiento de conductas desleales de otro tipo."*

Finalmente, dado que el *Libro Blanco para la Reforma del Derecho español de Defensa de la Competencia* de 2005 abogaba por su eliminación del elenco de prácticas prohibidas o su aclaración[6], la prohibición de actos desleales en sede *antitrust* se mantuvo en el artículo 3 de la vigente LDC 2007 con la siguiente redacción:

[4] MASSAGUER, J. "Artículo 3. Falseamiento de la competencia por actos desleales", op.cit. p. 434.

[5] Su configuración ha sido objeto de controversia en la doctrina, A. CASADO NAVARRO, "El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (Art. 3 LDC)", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 22, 2018.

[6] DÍEZ ESTELLA, F. "¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?", La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, núm. 5, 2005, pp. 1284-1296.

Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público.

Las principales novedades de esta última redacción radican, por un lado, en la incorporación de los órganos autonómicos de competencia como autoridades competentes para la aplicación del precepto y, por otro, en la supresión de la cualificación del requisito de falseamiento, que deja de caracterizarse como *sensible* o *grave*.

Esta exigencia de especial cualificación, presente en la primera versión de la LDC 1989 (*sensible*) y particularmente reforzada en la segunda, introducida por la Ley 52/1999 (*grave*), ha respondido, como ha reconocido la exposición de motivos de la reforma, por la necesidad de, una vez desligado el tipo de las prácticas colusorias o abusivas (como sucedía en la Ley 1963), subrayar la ineludible distinción entre aquellos actos desleales que, por las concretas circunstancias en las que se desarrollan y por los efectos que producen, tengan realmente una trascendencia institucional, de aquellos que deban seguir teniendo exclusivamente una respuesta en el ámbito jurídico-privado. Ahora bien, las dificultades interpretativas que suscitaron dichos adjetivos, junto con la abundante doctrina emanada de la autoridad de competencia sobre los supuestos de aplicación e inaplicación del precepto ya existente en 2007, y la introducción en la LDC 2007 de una ambiciosa regulación de las conductas de menor importancia[7], aconsejaron la supresión de dicha calificación, por resultar en buena medida redundante.

Asimismo, la sentida necesidad de delimitar con precisión el ámbito de la aplicación privada y pública de los actos desleales ha conducido a que tanto la propia literalidad del precepto —en sus versiones de 1989 y 2007—, como la doctrina y los órganos encargados de su aplicación hayan identificado dos requisitos adicionales para su aplicación, junto a la existencia de un acto de competencia desleal: el falseamiento de la libre competencia y la afectación al interés público. A nuestro juicio, sin embargo, una correcta exégesis del precepto permite concluir que, en realidad, son dos las condiciones sustantivas exigidas: de un lado, la existencia de un acto anticoncurrencial en el mercado y, de otro, que dicho acto afecte al interés público protegido por la LDC. Ello no implica negar la operatividad del requisito relativo al falseamiento de la competencia, sino cuestionar su autonomía funcional respecto de la afectación al interés público, pues el interés público tutelado por la LDC no es otro que garantizar, preservar y promover la existencia de una competencia efectiva y no falseada en el mercado[8]. La última práctica decisoria de la autoridad española de competencia e incluso

[7] Art. 5 de la LDC 2007 en conjunción con arts. 1, 2 y 3 del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC).

[8] CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. "Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC: especial consideración al requisito de afectación al interés público", *Anuario de la Competencia*, 2014, pp. 203-204.

algún pronunciamiento judicial reciente, como se verá más adelante, parecen ratificar esta interpretación, subrayando la indiscutible relevancia de este último requisito como auténtico elemento definidor de la prohibición[9].

En definitiva, pese al intenso debate que el precepto ha generado bajo ambas leyes y que aún suscita en la actualidad, su prolongada vigencia permite apreciar una razonable unanimidad en torno a tres ideas relevantes. Por un lado, no resulta arriesgado afirmar que la competencia atribuida a las autoridades *antitrust* para examinar aquellas conductas desleales contrarias al interés público tutelado por la LDC constituye, en nuestro ordenamiento, una tradición histórica consolidada. Por otro, existe también consenso en que la tipificación de este ilícito *antitrust* no descansa tanto en el carácter desleal de la conducta, sino, de manera decisiva, en los efectos que dichos actos puedan producir en el mercado. Por último, la doctrina ha venido subrayando de forma mayoritaria el carácter limitado —cuando no residual— de su aplicación práctica, en relación con las prácticas colusorias y abusivas, lo que, a nuestro entender, no debería de sorprender dada la centralidad indiscutible que tienen, en sede *antitrust*, las prohibiciones de acuerdos restrictivos y abusos.

3. La aplicación práctica de la prohibición de conductas por competencia desleal por parte de la autoridad española de defensa de la competencia

Como se ha señalado, desde su aparición en 1989, la prohibición objeto de análisis no se extiende a todos los actos de competencia desleal, sino únicamente a aquellos que, atendidas sus circunstancias específicas, producen efectos cualificados sobre la estructura o el funcionamiento competitivo del mercado en cuestión. Así lo expresó con claridad el TDC en su Resolución de 9 de febrero de 1998: *"Porque el Art. 7 no tiene por objeto reprimir cualquier tipo de deslealtad ni proteger, directamente, los intereses de los competidores perjudicados. De esto se encarga la Ley de Competencia Desleal. El Art. 7 es una norma de derecho público que persigue una finalidad de interés público, cual es que las conductas desleales no lleguen a falsear el funcionamiento competitivo del mercado"*[10]. O, más recientemente, el Consejo de la CNMC en su Resolución de 4 de octubre de 2024: *"el artículo 3 de la LDC supone que, desde la perspectiva de la legislación de competencia, la autoridad de competencia sólo está facultada para realizar el reproche de deslealtad a que se refiere dicho precepto cuando la conducta enjuiciada, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se produce, resulta apta para restringir la competencia efectiva en el mercado, que es el interés público tutelado por la LDC"*[11].

De ahí la centralidad del requisito de la afectación del interés público para un correcto ejercicio de la potestad sancionadora en relación con los actos de competencia desleal por parte de órganos administrativos.

[9] En este mismo sentido, la Sentencia de la AN de 10 de octubre de 2023, núm. rec. 1550/2019.

[10] Expte. 368/95, VETERINARIOS AMBULANTES. Dicha resolución fue posteriormente anulada por la AN, en su Sentencia de 29 de enero de 2003, núm. rec. 761/1998.

[11] Expte. S/0001/21, PLATAFORMA DE SUBASTAS ELECTRÓNICAS.

Desde esta perspectiva, el primer juicio que debe realizar la autoridad de competencia al plantearse la aplicación de esta prohibición ha de referirse, precisamente, a la concurrencia de dicho requisito, incluso con carácter previo al análisis de la eventual deslealtad de la conducta conforme a la normativa de competencia desleal[12], lo que resulta no solo razonable, sino también eficiente: si no se aprecia una perturbación significativa de la libre competencia, carece de sentido examinar si concurre un acto desleal[13].

Este modo de proceder presenta, a nuestro juicio, claras ventajas[14]. En primer lugar, contribuye a preservar la coherencia del ordenamiento, al evitar que los órganos administrativos realicen interpretaciones innecesarias de normas tradicionalmente reservadas al ámbito jurisdiccional. En segundo lugar, reduce el riesgo de que una eventual calificación incorrecta de la conducta como desleal impida sancionar comportamientos que, en realidad, sí lesionan el interés público de la libre competencia. Cuestión distinta es que, por razones de coherencia sistemática con la redacción del precepto, el análisis se presente a menudo en las correspondientes resoluciones siguiendo el orden formal del mismo.

En virtud de lo anterior y de la relevancia del segundo de los requisitos para la aplicación del tipo analizado, esta será también la secuencia que se seguirá a continuación, comenzando por el examen del requisito de afectación al interés público y, en segundo término, por la existencia de un acto de competencia desleal.

Profundización en el concepto de falseamiento de la competencia que afecte al interés público

Las sucesivas formulaciones de este requisito en las distintas versiones del precepto —que por falsear de manera sensible la libre competencia afectan al interés público; que distorsione gravemente las condiciones de competencia en el mercado y que esa grave distorsión afecte al interés público y, por último, que por falsear la libre competencia afecten al interés público — ponen de relieve, ya desde un plano normativo, la dificultad inherente a la delimitación de las dos variables que lo integran, a saber, el falseamiento de la libre competencia y la afectación del interés público, así como la persistente confusión que ha presidido su interpretación y aplicación hasta la actualidad.

Tradicionalmente, tanto la práctica decisoria de la autoridad como la jurisprudencia y la doctrina han venido identificando, al respecto, con nitidez dos requisitos diferenciados[15]. No obstante, en su aplicación concreta se advierte desde sus inicios una significativa imprecisión en la delimitación de sus contornos respectivos. Así, por ejemplo, en la RTDC de 19 de noviem-

[12] Expte. S/DC/0570/15 APROVISIONAMIENTO DIA/EROSKI; expte. S/DC/0581/16 LICITACIÓN ESA; expte. S/0635/18 KAIKU; expte. S/0651/18 EQUIPAJE DE MANO.

[13] Expte. S/0151/09 LA SEXTA; expte. S/0377/11 AMAZON; expte. S/0350/11, Asistencia en Carretera. También podemos encontrar, de forma excepcional, esta metodología en alguna resolución más antigua, expte. R 362/99, BACARDÍ.

[14] En el mismo sentido también COSTAS COMESAÑA, J. "Los actos desleales contrarios al interés público", op. cit. pp. 81-83; y MASSAGUER, J. "Artículo 3. Falseamiento de la competencia por actos desleales", op. cit. p. 442.

[15] Expte. 548/02, Eurohogar Sarmiento; expte. S/0213/10 IBERDROLA SUR. En la jurisprudencia, Sentencia del TS de 3 de febrero de 2017, núm. rec. 779/2014.

bre de 1998[16]: *"Afirmada la deslealtad de los anuncios reseñados, concurre también en este caso el requisito que exige el Art. 7 para que la conducta desleal se convierta en infracción de la LDC, esto es, que tenga virtualidad suficiente para afectar de manera sensible al funcionamiento competitivo del mercado, que es el interés público defendido por el Art. 7 LDC. La publicación de los anuncios falsos y denigrantes por medio de periódicos de amplia difusión entre quienes dentro del ámbito geográfico del Colegio respectivo pueden solicitar los servicios de intermediación inmobiliaria, es susceptible de producir una desviación de clientela hacia los API que, sin los anuncios, no se hubiera producido"* (énfasis propio).

Tras la modificación de la redacción legal en 1999, la compleja diferenciación entre ambos elementos del ilícito persistió, como pone de relieve la Resolución sancionadora del TDC de 26 de febrero de 2004[17]: *"El Tribunal considera que, al haber afectado la conducta infractora a una cifra de botellas de vino significativa de este mercado, tal falseamiento sensible de la libre competencia en el mercado se ha producido efectivamente, con afectación al interés público económico, lo que acredita la comisión por parte de FREIXENET de una infracción del art. 7 LDC"* (énfasis propio).

A raíz de la entrada en vigor de la LDC 2007, se advierte, un notable esfuerzo por dotar de mayor precisión a la fundamentación de ambos requisitos; sin embargo, los razonamientos empleados en uno y otro plano tienden a reproducirse[18].

En la etapa más reciente, aun cuando algunas resoluciones continúan aludiendo a la concurrencia de dos requisitos diferenciados[19], se aprecia un indiscutible giro hacia su consideración como un único presupuesto, en línea con la tesis doctrinal que se sostiene en este artículo. Así se desprende de manera especialmente nítida, por ejemplo, de las Resoluciones de la CNMC de 29 de julio de 2024[20] o de 4 de octubre de 2024[21] [22].

En la doctrina, v. MASSAGUER, J. Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia, op.cit., pp. 440 y ss; DÍEZ ESTELLA, F. Las prácticas anticompetitivas en el Derecho español: arts. 1, 2 y 3 LDC, op. cit., pp. 345 y ss; R. ALONSO SOTO, "Competencia desleal y defensa de la competencia en España", op.cit., pp. 274 y ss.

[16] Expte. 357/95 Expertos Inmobiliarios. Posteriormente, dicha resolución fue anulada por sentencia del TS de 9 de marzo de 2005, núm. rec. 3895 / 2002.

[17] Expte 560/03, GRUPO FREIXENET.

[18] Expte. S/0213/10 IBERDROLA SUR.

[19] Así, expte. S/0014/20 CONSUMO ESTRATÉGICO; expte. S/0007/19 MEDIOS PROPIOS; y expte. S/0016/20 PRÉSTAMOS ICO COVID.

[20] Expte. S/0005/21, BOOKING, apartado 381.

[21] Expte. S/0001/21, PLATAFORMA DE SUBASTAS ELECTRÓNICAS, apartado 448.

[22] Expte. S/0043/19 RESERVA HOTELES; expte. S/0053/19 OPINIONES FALSAS PLATAFORMAS; expte. S/0017/20 TARIFAS PROPIEDAD INTELECTUAL ATRESMEDIA /MEDIASET; expte. S/0023/20 GOOGLE-ALOJAMIENTO DE CONTENIDO DIGITAL; expte. S/0015/19 BONO SOCIAL; expte. S/0031/19 INSTALACIONES DE GAS; Expte. S/0635/18 KAIKU; expte. S/0651/18 EQUIPAJE DE MANO; Expte. S/DC/0515/14 COMERCIALIZADORAS ELECTRICIDAD; Expte. S/0353/11, CESPA GESTIÓN DE RESIDUOS.

En el ámbito de las autoridades autonomicas de competencia, v. Resoluciones de la Comisión Gallega de la Competencia expte. 3/2020 – ARRIVA NOROESTE S.L. (EN LA ACTUALIDAD, ARRIVA GALICIA, SL) y expte. 3/2020 – LICITACIÓN UNIVERSIDAD DE VIGO. De la Autoridad Catalana de Competencia, expte. núm. 43/2012 – DAMM; expte. núm. 70/2015, MÓDULO REPETIDOR TARIFAS TAXIS BARCELONA; y expte. núm. 50/2012 - COFRADÍA DE PESCADORES L'AMETLLA DE MAR-2.

La ardua delimitación de ambos requisitos del tipo también se refleja en la jurisprudencia, que, si bien admite formalmente la existencia de dos requisitos diferenciados[23], en la práctica procede en la mayoría de los casos a realizar un análisis sustancialmente coincidente, cuando no conjunto, de ambos[24].

A la luz de lo anterior, y atendiendo a la interdependencia funcional del requisito de falseamiento de la competencia respecto de los otros dos, en la medida en que dicho falseamiento constituye la consecuencia inherente de cualquier conducta anticompetitiva y que el interés público tutelado por la LDC no es otro que la preservación, desde una perspectiva institucional, de las condiciones competitivas del mercado, cabe concluir —como ya se anticipó— que ambos requisitos pueden reconducirse a uno solo[25]. Esta interpretación ha encontrado, recientemente, respaldo judicial, al menos por parte de la Audiencia Nacional, en la ya citada Sentencia de 10 de octubre de 2023, en la que se afirma: *"lo que se construía como dos requisitos adicionales a la conducta desleal perfectamente diferenciados parecen convertirse en único requisito la afectación al interés público porque hay falseamiento de la libre competencia".*

Por lo que respecta a los parámetros en los que la autoridad se ha apoyado para apreciar —o descartar— la afectación al interés público, pueden identificarse con claridad dos etapas, diferenciadas. La primera, correspondiente a la práctica del TDC, se caracteriza por una motivación generalmente escueta, muchas veces inescrutable[26], y por la incipiente aplicación de criterios tales como la dimensión de la práctica[27]; la relevancia económica del mercado afectado[28]; la posición significativa o relativa de la empresa supuestamente desleal en el mercado en cuestión[29]; la incidencia real o potencial de la práctica en el comportamiento de la demanda[30], en la posición de la competencia[31] o en la estructura competitiva del mercado[32]. Esta aplicación, caracterizada por una limitada sistematicidad en la articulación

[23] V., por todas, Sentencia de la AN de 10 de octubre de 2023, núm. rec. 1550/2019, FD cuarto.

[24] Sentencia del TS de 15 de marzo de 2016, núm. rec. 2011/2013, FD cuarto *in fine*; Sentencia del TS de 1 de octubre de 2018, núm. rec. 2924/2016, FD tercero *in fine*. Asimismo, Sentencias de la AN de 20 de julio de 2016, núm. rec. 450/2013 y 516/2013, FD quinto; SAN de 31 de octubre de 2013, núm.rec. 340/2012, posteriormente anulada por sentencia del TS de 25 de octubre de 2016, núm. rec. 198/2014; Sentencia del TS de 3 de febrero de 2017, núm. rec. 779/2014, FD séptimo.

[25] Expte. 294/91 Aceites; expte. 357/95 Expertos Inmobiliarios; expte. S/0053/19 OPINIONES FALSAS PLATAFORMAS.

[26] Expte. r 264/97, Cementerio Coruña; expte. r 413/00 Farmacéuticos Ciudad Real; expte. r 430/00, Agencia Valores; expte. 368/95 Veterinarios Ambulantes.

[27] Expte. r 382/99 Agentes Propiedad Inmobiliaria; expte. r 419/00, Imeco-Caja Salud; expte. r 564/03, Distribuidora Peña Sagra; expte. r 312/98 Hostelería Vizcaya 2; expte. 519/01 ASOC. ETI/COLEGIOS APIS; expte. 560/03 2004 Grupo Freixenet.

[28] Expte. r 564/03, Distribuidora Peña Sagra; expte. 294/91 Aceites; expte. 485/00, Agentes Propiedad Murcia.

[29] Expte. r 114/95 ENOQUISA; expte. R 156/96, Ascensores Málaga; expte. r 357/99, Makro.

[30] Expte. 548/02, Eurohogar Sarmiento; expte. R 362/99, Bacardí; expte. 368/95 Veterinarios Ambulantes; expte. 529/01. Administradores de Fincas.

[31] Expt. r 648/05, Centros Deportivos Benicarló; expte. R 158/96, Talleres Landaluce; expte. R 313/98,Wilkinson/Gillette

[32] Expte. r 110/95, Médicos Canarias; expte. r 66/93 Ventas en oficinas bancarias; expte. r 137/95, Soportes fonográficos; expte. R 153/96, Television Burgos; expte. 535/02, Eléctrica Eriste.

de los criterios empleados, dio lugar a casos tan novedosos como la Resolución Aceites[33], la cual consideró desleal una conducta tan actual como la presentación coordinada de ofertas a una subasta por distintas empresas del mismo grupo que actuaban formalmente como independientes, u otros más discutibles como la Resolución Veterinarios ambulantes[34], que fue posteriormente anulada por la AN por su escasa incidencia en el mercado.

Por el contrario, a partir de la entrada en vigor de la LDC 2007, se aprecia no solo reforzamiento de la fundamentación de las resoluciones —especialmente de las sancionadoras—, sino también una mayor coherencia interna y sistematicidad en los criterios aplicados[35]. En particular, estas resoluciones descansan, por lo general, en una combinación de factores que integran tanto elementos cuantitativos como cualitativos, como se expondrá más adelante[36].

En todo caso, el parámetro referencial sobre el que la autoridad de competencia ha venido fundamentando a lo largo de las últimas décadas la afectación al interés público —y, por ende, su competencia para sancionar prácticas desleales— exige que la conducta enjuiciada, atendido el contexto específico en el que se produce, **tenga la entidad suficiente para perturbar, desde una perspectiva institucional, la estructura competitiva y/o los mecanismos que regulan el funcionamiento competitivo del mercado**, no siendo bastante la mera afectación de intereses privados —como los de un operador concreto— cuya tutela correspondería, en su caso, a la jurisdicción ordinaria.

Esta conclusión resulta plenamente coherente con la propia evolución normativa del precepto a la que ya nos hemos referido. La eliminación en 2007 de las calificaciones de "grave" o "sensible" en relación con el falseamiento de la competencia exigido para apreciar la afectación al interés público se alineó, así, con la propia finalidad de la LDC, orientada a garantizar el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados, así como con la operatividad del criterio de la menor importancia, que permite excluir aquellas conductas manifiestamente inidóneas para incidir de forma apreciable en la dinámica competitiva. Así lo ha declarado expresamente la Audiencia Nacional en la ya citada sentencia de 10 de octubre de 2023 al afirmar: "*Por tanto, una interpretación histórica del artículo 3 conduce necesariamente a señalar que la actual redacción del artículo 3 es la que menor exigencia de efectos sobre el mercado requiere para que la conducta se incluya en el tipo sancionador. La modificación introducida en 2007 viene a poner el foco en el interés público y no tanto en el estándar de agravamiento de efectos necesarios para la aplicación de la LDC*".

Desde esta misma perspectiva, y en coherencia con el tratamiento dispensado a las restantes prácticas prohibidas, la conducta analizada se configura como un ilícito de peligro. En consecuencia, no resulta necesario acreditar la producción efectiva de un perjuicio, siendo suficiente con demostrar la aptitud de la conducta para generar el referido efecto lesivo del interés público[37].

[33] Expte. 294/91 Aceites.
[34] Expte. 368/95 Veterinarios Ambulantes, anulada por SAN de 29 de enero de 2003.
[35] En este sentido también, DÍEZ ESTELLA, F. *Las prácticas anticompetitivas en el Derecho español: arts. 1, 2 y 3 LDC*, op. cit., pp. 347-348.
[36] V., por todos, expte. S/0001/21 PLATAFORMA DE SUBASTAS ELECTRÓNICAS.
[37] SAN de 10 de octubre de 2023, núm. rec. 1550/2019.

Pues bien, a la vista de las últimas resoluciones administrativas y judiciales, se puede fundamentar la existencia de un falseamiento de la competencia con afectación del interés público sobre la base de un abanico de criterios cuantitativos y cualitativos, tales como *"la propia entidad de la conducta o las circunstancias concurrentes en su realización -piénsese, por ejemplo, en la posición de dominio o significación relativa de la empresa que la lleva a cabo, la situación del mercado en el momento de los hechos, la virtualidad de la conducta enjuiciada para obstaculizar el acceso o la permanencia de competidores en el mercado, u otras circunstancias o factores semejantes-"*[38].

Del análisis de los casos resueltos en aplicación del art. 3 LDC 2007, tanto sancionadores como de archivo, cabe extraer una serie de pautas interpretativas comunes. En primer lugar, se ha atendido a la identidad del operador que lleva a cabo la conducta desleal y, en particular, a su posición en el mercado, en la medida en que esta puede amplificar el impacto de la práctica sobre la dinámica competitiva en comparación con la que cabría atribuir a un operador de menor dimensión[39].

En segundo término, se ha considerado el segmento de clientes afectados por las prácticas, especialmente cuando se trata de segmentos en situación de vulnerabilidad, caracterizados por una reducida capacidad de negociación, con dificultades de acceso a la información o para comprender y comparar las ofertas disponibles, así como elevados costes de búsqueda y contratación por parte de otros operadores[40].

En tercer lugar, se ha valorado el alcance cuantitativo de las conductas, exigiéndose que estas presenten un carácter generalizado o, al menos, una incidencia significativa en el funcionamiento del mercado en cuestión, quedando al margen supuestos meramente puntuales o aislados[41].

Por último, se han tenido en cuenta las características específicas de los mercados afectados, especialmente cuando se trata de sectores caracterizados por una intensa integración vertical, mercados inmersos en procesos de liberalización o servicios de primera necesidad[42].

Como es lógico, la presencia de todos estos elementos no debe entenderse como una exigencia ineludible para la subsunción de la conducta en el tipo del art. 3 de la LDC 2007, por lo que resulta defendible su aplicación también a mercados de menor envergadura[43], aunque es destacable la presencia concurrente de la mayoría de ellos en la práctica decisoria más

[38] Sentencias del TS de 1 de octubre de 2018, FD tercero y de la AN de 10 de octubre de 2023, FD sexto.

[39] En tal sentido, expte. S/DC/0552/15 AGIC y expte. S/0001/21 PLATAFORMA DE SUBASTAS ELECTRÓNICAS. En el ámbito autonómico, Resolución de la Agencia de la Competencia y de la Regulación Económica de Andalucía , expte. S/09/2022, AYUNTAMIENTO DE FUENTES DE ANDALUCÍA, y Resolución 1/2024 DEL TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA DE ARAGÓN, Expte. 03/2022/COMP "Control Cultivos Ecológicos".

[40] Expte. S/DC/0552/15 AGIC y expte. S/0013/20 AUDAX RENOVABLES.

[41] Para fundamentar el alcance significativo de las conductas, expte. S/DC/0552/15 AGIC; expte. S/0013/20 AUDAX RENOVABLES y expte. S/0001/21 PLATAFORMA DE SUBASTAS ELECTRÓNICAS. En sentido contrario, expte. S/0014/20 CONSUMO ESTRATÉGICO y expte. S/0016/20 PRÉSTAMOS ICO COVID.

[42] Expte. S/DC/0552/15 AGIC y expte. S/0013/20 AUDAX RENOVABLES.

[43] V. en el ámbito autonómico, Resolución de la Autoridad vasca de competencia expte. 05/2012, CONCURSO PINOSOLO o Resolución de la Comisión Gallega de la Competencia, expte. 3/2020 – LICITACIÓN UNIVERSIDAD DE VIGO.

reciente de la CNMC[44]. Ello pone de relieve la especial cautela con la que la autoridad delimita el ámbito de su potestad sancionadora, reforzando la seguridad jurídica en la aplicación de esta tercera prohibición, en contraste con la fundamentación decisoria más genérica y asistemática que caracterizó a las resoluciones dictadas al amparo del art. 7 de la LDC 1989. De este modo, la intervención administrativa se reserva a aquellos comportamientos desleales que, atendiendo tanto a parámetros cuantitativos como cualitativos, presentan una entidad suficiente para tener efectos sobre la institución de la libre competencia.

Evolución de los actos desleales sancionados más habituales

La tesis que aquí se sostiene —esto es, que la verificación de la existencia de un acto de competencia desleal constituye un examen ulterior en sede *antitrust*, a realizar únicamente una vez constatado que las prácticas analizadas inciden efectivamente en la libre competencia del mercado— no pretende, en modo alguno, relativizar la relevancia del juicio de deslealtad de la conducta en cuestión ni exime a la autoridad de llevar a cabo un análisis riguroso de dicha calificación, observando el principio de tipicidad del artículo 25.1 CE.

Así se puso de relieve, particularmente, en la sentencia de 25 de octubre de 2016[45], en la que, pese a haberse acreditado la afectación de la conducta a la libre competencia[46], el TS concluyó que la actuación de la empresa no podía calificarse como ilícito desleal al amparo del artículo 15.2 de la LCD, al fundarse la pretendida infracción normativa en una interpretación contextual excesivamente amplia del tenor literal de la orden sectorial supuestamente vulnerada[47].

Siendo ello así, la normativa de defensa de la competencia no introduce una categoría autónoma de actos de competencia desleal, sino que se remite a las tipologías ya configuradas en la legislación específica en la materia. Por consiguiente, los actos desleales sancionables en sede *antitrust* son, asimismo, todos los actos de competencia desleal tipificados como prohibidos en la LCD, incluyendo su cláusula general[48].

Aunque tradicionalmente se ha sostenido —a partir de la exigencia de afectación al interés público de la LDC— que los tipos desleales llamados a integrar la prohibición *antitrust* deberían ser, de forma preferente, los denominados actos de deslealtad contra el mercado, un examen sistemático de las resoluciones sancionadoras dictadas por el TDC, la CNC y la CNMC al amparo de los arts. 7 y 3 desvirtúa, en buena medida, dicha afirmación. En efecto, especialmente en una primera etapa, predominaron claramente los supuestos en los que se

[44] Expte. S/0013/20 AUDAX RENOVABLES y expte. S/0001/21 PLATAFORMA DE SUBASTAS ELECTRÓNICAS.
[45] Sentencia del TS de 25 de octubre de 2016, núm. rec. núm.: 198/2014, FD sexto y séptimo.
[46] Sentencia de la AN de 31 de octubre de 2013, núm. rec. 340/2012, FD quinto y sexto.
[47] En el mismo sentido, expte. S/DC/0515/14 COMERCIALIZADORAS ELECTRICIDAD y expte. S/0007/19 MEDIOS PROPIOS.
[48] En este sentido, MASSAGUER, J. "Artículo 3. Falseamiento de la competencia por actos desleales", op.cit. p. 444. En contra, COSTAS COMESAÑA,J. "Los actos desleales contrarios al interés público", op. cit., pp. 83-86.

sancionaron actos de denigración o prácticas de publicidad engañosa —encuadrables en la deslealtad frente a competidores o consumidores—[49].

Con posterioridad, bajo la vigencia del art. 3 LDC 2007 sí puede apreciarse una mayor presencia de conductas desleales vinculadas a la violación de normas concurrenciales o subsumibles en la cláusula general, como se verá en el apartado siguiente, lo que apunta a una reorientación lógica en la tipología de ilícitos considerados relevantes desde la perspectiva de la LDC. En todo caso, la persistencia en fechas recientes de resoluciones sancionadoras basadas en tipos como la denigración o el engaño pone de manifiesto que, aunque dichos actos desleales inciden de forma inmediata en la esfera de la protección individual, pueden trascender dicho plano y generar verdaderos fallos estructurales del mercado cuando son llevados a cabo por operadores con cierto poder de mercado, ya sea de forma individual o por el efecto de actuaciones paralelas de varios operadores, supuestos a los que se ha venido aplicando esta tercera prohibición *antitrust*[50].

Por último, resulta claro que, por razones de eficiencia administrativa, no se exige un previo pronunciamiento judicial declarativo de la existencia de un acto de competencia desleal para la aplicación de la prohibición en sede *antitrust*[51].

En lo que atañe a los efectos que pudiera desplegar, en sede administrativa, una eventual declaración de deslealtad dictada por la jurisdicción civil sobre los mismos hechos, el entonces TDC sostuvo que tal pronunciamiento judicial, aun firme, no producía efectos de cosa juzgada sobre el procedimiento sancionador ante la autoridad de competencia[52].

No obstante, la exigencia de coherencia del ordenamiento, junto con el principio de sometimiento pleno de la Administración a la ley y al Derecho consagrado en el artículo 103.1 de la CE, debe conducir a contravenir dicha conclusión. En este sentido, cabe entender que los órganos administrativos conocerán y seguirán la jurisprudencia emanada de los tribunales competentes en la aplicación de la LCD y, en particular, las decisiones adoptadas por estos sobre los mismos hechos, especialmente cuando estas hayan adquirido firmeza.

Esta forma de actuación puede apreciarse en la práctica decisoria de la CNMC. En efecto, aunque no haya tenido ocasión reciente de pronunciarse sobre el alcance de la cosa juzgada, sí se observa en su práctica decisoria una clara tendencia a tomar en consideración, a efectos de calificar la conducta como desleal o no, los pronunciamientos de otros órganos sectoriales competentes, como la Dirección de Telecomunicaciones y del Sector Audiovisual y la Dirección de Energía de la CNMC o el Tribunal de Cuentas, o incluso la ausencia de actuación

[49] Expte. 295/91 Bombas de Cobalto; expte. 314/92 Instalaciones gas butano; expte. 368/95 Veterinarios Ambulantes; expte. 405/97, Expertos Inmobiliarios 2; expte. 548/02, Eurohogar Sarmiento; expte. 357/95 Expertos Inmobiliarios; expte. 485/00, Agentes Propiedad Murcia; expte. 521/01, Agentes Propiedad Inmobiliaria; expte. 531/02, Intermediación Inmobiliaria; Expte. 529/01. Administradores de Fincas; expte. 519/01 ASOC. ETI/COLEGIOS APIS; expte. 548/02, Eurohogar Sarmiento.

[50] Expte. S/0184/09 GAS NATURAL; expte. S/410/12, ASCENSORES-2; expte. S/0013/20 AUDAX RENOVABLES; y expte. S/0001/21, PLATAFORMA DE SUBASTAS ELECTRÓNICAS.

[51] Expte. 294/91 ACEITES, FD segundo.

[52] Expte. 294/91 ACEITES, FD segundo; de 31 de marzo de 1997; expte. R 189/96 Resopal, FD segundo; y expte. 439/98, Ambulancias Cataluña, FD primero.

por parte de las autoridades de supervisión en el ámbito bancario o del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales[53].

4. Los mercados con operadores verticalmente integrados como entorno propicio para la aplicación del artículo 3 LDC

Si hay una pauta a destacar del conjunto de expedientes sancionadores por competencia desleal bajo la LDC es la preeminencia de casos en mercados con operadores verticalmente integrados, presentes en al menos dos eslabones de la cadena de actividad de dichos mercados. Ésta es la situación que *de facto* se da en la mayoría de los llamados sectores regulados o sectores de red, aquellos en los que convive la regulación de segmentos de actividad prestados en régimen de monopolio con la libre competencia entre múltiples operadores en segmentos liberalizados. Se trata en muchos casos de sectores que deben asegurar un servicio público (como el acceso a electricidad, gas, telecomunicaciones o servicios postales) y a la vez mantener una competencia efectiva en actividades abiertas a la competencia.

Es en estos sectores de red en los que se da la circunstancia de que los operadores, muchos de ellos los tradicionales monopolistas públicos hasta finales de los años 90, actualmente se encuentran verticalmente integrados, operando en actividades reguladas y liberalizadas. En sectores como el eléctrico o gasístico, donde compiten operadores verticalmente integrados con entrantes más recientes en el mercado, las autoridades de competencia en España han hecho un uso más intenso del artículo 3 LDC, coincidiendo con el proceso de liberalización de estos sectores.

Pero la coexistencia de operadores verticalmente integrados con operadores presentes en un único eslabón de la cadena no es exclusiva de los mercados de red. Existen muchos mercados industriales, con complejas cadenas de producción y suministro, en los que observamos esta misma condición. Piénsese por ejemplo en los mercados de fabricación de productos industriales que llevan necesariamente aparejados servicios de mantenimiento y reparación, donde compiten fabricantes verticalmente integrados y mantenedores independientes en servicios postventa. Estos mercados han sido también objeto de numerosos análisis en sede del artículo 3 LDC.

Los mercados de red y la aplicación del artículo 3 LDC

Empecemos por el primer supuesto: el de los sectores regulados conformados como mercados de red en los que coexisten actividades reguladas y liberalizadas. Esta situación se origina en gran medida como consecuencia del proceso de liberalización de los sectores de red iniciado en Europa a finales del siglo pasado y que fue progresivamente trasladándose a los ordenamientos jurídicos nacionales. Como resultado, muchos de estos mercados pasaron de estructuras de monopolio público, con producción y provisión por un operador dominante

[53] Expte. S/0007/19 MEDIOS PROPIOS; expte. S/013/20 AUDAX RENOVABLES; expte. S/0016/20 PRÉSTAMOS ICO COVID; y expte. S/0054/19, VODAFONE CAPTACIÓN CLIENTES.

de naturaleza pública, a mercados con nuevos entrantes privados que operaban en régimen de competencia. Esto no supuso la desaparición de la posición de dominio en determinados segmentos del mercado (particularmente aquellos con características de monopolio natural) ni la desaparición de las obligaciones de acceso y universalidad de los servicios públicos, que pasaron a convivir con una progresiva regulación precompetitiva que perseguía introducir y asegurar condiciones competitivas en los mercados liberalizados.

La identificación de conductas desleales en estos mercados de red se remonta al comienzo mismo de su proceso de liberalización. Un caso claro es el mercado de telecomunicaciones y la aprobación del Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio, de Liberalización de las Telecomunicaciones a raíz del cual el operador dominante, Telefónica, inició una nueva estrategia comercial para adaptarse al nuevo entorno competitivo en telefonía fija. Concretamente, el lanzamiento de la campaña de descuentos "Planes Claros" de Telefónica en febrero de 1998 dio lugar a la incoación del expediente de **488/01 Telefónica vs Retevisión (Planes Claros)** por parte del SDC. La conducta analizada y sancionada por el TDC se refería a un abuso de posición de dominio de Telefónica, operador con posición de dominio en el mercado de telefonía fija, "*consistente en el lanzamiento de la campaña publicitaria 'Planes Claros' con el fin primordial de obstaculizar el acceso al mercado de Retevisión S.A., su primer competidor en telefonía básica*". Ahora bien, en su razonamiento, el TDC alude al entonces artículo 7 de competencia desleal de la LDC 1989 para reforzar el reproche de anticompetitividad de la conducta de Telefónica en la medida en que muchas de las conductas analizadas (diseño de tarifas y condiciones del servicio) tenían también la apariencia de prácticas desleales en el sentido de la LCD. Por tanto, si bien el artículo 7 de competencia desleal no fue la base principal de la sanción ni el tipo infractor imputado a Telefónica, sí fue empleado por el TDC como complemento argumental para describir por qué la conducta perjudicaba al mercado en un momento de liberalización muy relevante en el que nuevos competidores del operador dominante, como era el caso de Retevisión en telefonía fija, comenzaban a operar[54].

Debe recordarse que el asunto "Planes Claros" por abuso de posición de dominio de Telefónica fue posteriormente anulado por el Tribunal Supremo al considerar que el contenido de las ofertas y descuentos anunciados "*no era contrario, sino favorable, a la libre competencia*", en línea que con la valoración que la extinta Comisión del Mercado de Telecomunicaciones había realizado de dichas ofertas. Tampoco la forma de publicitarse a través de los llamados "Planes Claros" era merecedora del calificativo de abusiva, de acuerdo con la sentencia, ya que la campaña no era ni innecesaria ni desproporcionada. Pero lo relevante de este asunto a nuestros efectos fue el pronunciamiento del Tribunal Supremo sobre los supuestos actos desleales, reforzando la entidad propia del artículo 7 frente al artículo 6 incluso en los casos de actos desleales cometidos por una empresa con posición de dominio[55]. Es cierto que la sala rechaza

[54] Algo similar ocurre en el expediente **R 556/03 Astel vs Telefónica**, en el que el TDC consideró que Telefónica había abusado de su posición de dominio dificultando el cambio a otros operadores a través de la preselección de operador (art. 6 LDC 16/1989) pero calificó la conducta de Telefónica de desleal y desproporcionada en un mercado liberalizado como elemento descriptivo pero no como tipo infractor autónomo. Tanto la Audiencia Nacional como el Tribunal Supremo rechazaron dicha imputación (del artículo 6) al entender que no se habían acreditado efectos restrictivos suficientemente consistentes.

[55] V. STS de 20 de junio de 2006: *"[...] la eventual actuación de los organismos administrativos encargados de preservar la libre competencia sólo resultará pertinente si las conductas desleales de los empresarios, además*

en este caso la existencia de una conducta infractora en aplicación del artículo 7 de la LDC, pero lo hace porque no se puede entender acreditada esa grave distorsión de las condiciones de competencia en el mercado, no porque debiera subsumirse en el tipo infractor del artículo 6 de haber existido conducta desleal por un operador dominante en un mercado recientemente liberalizado. En definitiva, en un momento incipiente del proceso liberalizador de los mercados de red en España, esta sentencia marca ciertos límites a la aplicación de la conducta punible por competencia desleal de la LDC bajo la premisa de los requerimientos materiales de afectación al interés público previstos en dicho precepto, pero en absoluto descarta la misma, incluso en mercados recientemente liberalizados con operadores dominantes.

Otro de los mercados que sin duda fue objeto de un intenso proceso de liberalización fue el sector eléctrico, caracterizado hasta finales del siglo pasado por la presencia de grandes monopolios públicos en España y en los países europeos de nuestro entorno. De nuevo, encontramos una aproximación al tipo infractor por competencia desleal de la LDC desde los primeros años del proceso de desregulación y entrada de nueva competencia. Cabe traer a colación en este caso el expediente **535/02 Eléctrica Eriste**[56] derivado de la denuncia de Eléctrica de Eriste, S.L. contra el Ayuntamiento de Benasque en el proceso de adjudicación de un proyecto eléctrico local. El TDC concluyó que el Ayuntamiento realizó actos desleales que falsearon la competencia por dos vías: irregularidades en la presentación de la oferta (que fue presentada fuera de plazo, de forma verbal y solo cuando el ayuntamiento contaba con información de la única oferta competidora) e incumplimiento de la normativa sectorial, más concretamente, del artículo 14 de la Ley 40/1994, de 30 de diciembre, de Ordenación del Sistema Eléctrico Nacional que exige la separación jurídica de las actividades de generación y distribución como las que llevaba a cabo el Ayuntamiento de Benasque. En su resolución, el TDC afirma que el incumplimiento de la normativa de contratación administrativa y la infracción de la normativa sectorial otorgaron al operador denunciado, verticalmente integrado y de naturaleza pública, una ventaja competitiva relevante frente a sus competidores, distorsionando gravemente la competencia en el mercado y afectando con ello al interés público[57].

La aprobación de la LDC 15/2007, y con ella el reformulado artículo 3 de competencia desleal, no supuso un cambio en la atención a posibles actos desleales en los sectores de red. Más bien al contrario, y a pesar de haber transcurrido para entonces una década desde el inicio de la liberalización, las autoridades de competencia han seguido detectando e investigando indicios de conductas desleales en estos mercados.

---

de serlo, falsean de manera sensible la competencia, esto es, distorsionan gravemente las condiciones de competencia en el mercado con perjuicio para el interés público. Previsión que se aplica a todo tipo de operadores económicos, gocen o no de una posición de dominio en el mercado. No cabe, pues, ni reducir en exceso el ámbito de aplicación del artículo 7 de la Ley 16/1989, englobando en él tan sólo conductas que precisarían la previa posición dominante de quien las comete, ni extenderlo con el mismo exceso considerando que, preexistente la posición de dominio, cualquier acto desleal de quien la ostenta constituye por sí mismo una explotación abusiva de aquélla sancionable a título del artículo 6 de la Ley 16/1989"

[56] Resolución del TDC de 7 de abril de 2003, confirmada por la Audiencia Nacional mediante sentencia de 14 de noviembre de 2005.

[57] V. Expte. 535/02, Eléctrica Eriste: "*El hecho de que la entidad denunciada se haya beneficiado de sus privilegios como Administración Pública y de la ventaja que le reporta el incumplimiento de la normativa legal para desplazar a su único competidor, produce una distorsión suficientemente grave por su gran incidencia en dicho mercado como para entender que está incluida en las conductas prohibidas por el artículo 7 LDC*".

Por su relevancia para la doctrina de competencia desleal bajo la nueva LDC y su firmeza tras la revisión jurisdiccional, cabe destacar entre todos ellos el asunto **S/0213/10 Iberdrola Sur**. Se trata de un caso rico en pronunciamientos sobre las implicaciones de las conductas desleales en mercados progresivamente liberalizados como es el mercado del suministro minorista de electricidad.

Para ello, es importante entender primero el contexto jurídico y económico en el que se produjo la conducta enjuiciada. Con la aprobación de la Ley 54/1996 del Sector Eléctrico (LSE), la operación del sistema, el transporte y la distribución de electricidad mantuvieron el carácter de actividades reguladas mientras que la generación y comercialización pasaron a desarrollarse en régimen de libre competencia. Bajo este nuevo marco normativo, desde el 1 de enero de 2003, los consumidores pasaron a tener libertad para elegir a su comercializador, lo que implicaba la posibilidad de que todos los comercializadores autorizados pudieran suministrar en cualquier zona, independientemente de quién fuera el distribuidor local (es decir, el propietario de las redes de la zona y, por tanto, monopolista). Además, desde el 1 de julio de 2009, la actividad de suministro que había sido responsabilidad de los distribuidores pasaba a ser responsabilidad exclusiva de los comercializadores, tanto en la modalidad de tarifa de último recurso como a precio libre. El nuevo marco regulatorio del sector eléctrico exigía, adicionalmente, una separación jurídica, funcional y contable de las actividades para favorecer una mayor competencia, pero permitía (y, aún hoy, lo permite) que un mismo grupo empresarial esté verticalmente integrado y desarrolle simultáneamente, a través de sociedades separadas, actividades reguladas y no reguladas.

Posteriormente, la aprobación del Real Decreto 485/2009, por el que se regula la puesta en marcha del suministro de último recurso en el sector de la energía eléctrica introdujo la figura del comercializador de último recurso (CUR): "*A partir del día 1 de julio de 2009, los consumidores suministrados por un distribuidor que no hayan optado por elegir empresa comercializadora pasarán a ser suministrados por un comercializador de último recurso*". Estos CUR tenían además la obligación de atender el suministro de aquellos consumidores, conectados a las redes de distribución de su grupo empresarial, que, sin tener derecho a acogerse a la tarifa de último recurso (TUR) transitoriamente carecieran de un contrato de suministro en vigor con un comercializador, suministrándoles a un precio regulado que debía ir incrementándose para favorecer la elección de comercializador y evitar la suspensión del suministro trascurrido el período transitorio[58].

Pues bien, es en este contexto en el que se inician diversas investigaciones por la CNC relativas al traspaso de clientes entre comercializadoras del mismo grupo, entre las que se encuentra el mencionado expediente S/0213/09 Iberdrola Sur. En dicho asunto quedó acreditado que la comercializadora de último recurso del grupo Iberdrola (en adelante IBERCUR) había traspasado sin consentimiento expreso a un grupo muy numeroso de clientes que debían

[58] Mediante orden ministerial, se estableció que estos consumidores podían ser suministrados por un CUR durante un período máximo de seis meses y a un precio equivalente al 120% de la tarifa de último recurso. Transcurrido dicho periodo sin que hubieran optado por seleccionar suministrador y haber suscrito el correspondiente contrato, el CUR podía proceder a la suspensión del suministro. Sin embargo, se aprobaron diversas órdenes ministeriales que fueron prorrogando sucesivamente el período transitorio hasta el 31 de diciembre de 2012 en el caso de los clientes en baja tensión con potencia contratada superior a 10 kw.

elegir empresa comercializadora para evitar incurrir en la penalización de su tarifa y posterior suspensión del suministro. Es decir, había incumplido lo previsto en la disposición adicional primera de la Orden ITC /1659/2009 que exigía la "conformidad expresa" y "la documentación que acredite la voluntad del cliente" para llevar a cabo el cambio de suministrador. En efecto, IBERCUR, que había asumido el suministro de 470.791 clientes de la distribuidora del grupo sin derecho a TUR a la espera de que eligieran suministrador en el período transitorio previsto, se dirigió a los mismos mediante carta recordando la situación transitoria en la que se encontraban e informándoles del cambio a su comercializadora libre "*salvo que el plazo de treinta días desde la recepción de la presente nos indique lo contrario*", es decir, recabando únicamente un consentimiento tácito por carta. En algunas de las remesas de cartas aludía a las ventajas que este cambio suponía para el cliente ("*con la finalidad de evitar que usted siga siendo penalizado, así como de eliminar el riesgo de interrupción del suministro por esta causa*" […] "*para que no tenga que realizar gestión alguna por su parte*"). Como resultado, 268.001 clientes fueron automáticamente traspasados de IBERCUR a la comercializadora libre del grupo sin recabar su consentimiento expreso y, por tanto, infringiendo lo previsto en la normativa sectorial. De acuerdo con la CNC, estos hechos vulneraban el cumplimiento de una norma que tenía por objeto regular la actividad concurrencial del mercado minorista de electricidad a través de los requisitos del cambio de suministrador por lo que podía reputarse como acto desleal de acuerdo con lo establecido en el artículo 15.2 de la LCD. La distorsión de la competencia quedaba también acreditada en la medida en que la conducta de IBERCUR contribuyó a incrementar de manera desleal la cuota de fidelización del grupo Iberdrola, limitando el acceso de otros competidores a dichos consumidores que veían muy mermadas sus posibilidades de hacer ofertas atractivas a estos clientes una vez transferidos a la comercializadora libre del grupo. Asimismo, quedó acreditada la afectación al interés público pues la conducta se había producido en un momento especialmente relevante en el proceso de liberalización, se había dirigido a un colectivo particularmente vulnerable como eran las pymes y tenía impacto en el suministro de un input básico para empresas y un servicio de primera necesidad y esencial para consumidores domésticos como es la electricidad.

El Tribunal Supremo ha venido a confirmar dicha resolución, incidiendo en el cumplimiento de todos los requisitos necesarios para la aplicación del artículo 3 LDC a la conducta enjuiciada. En su sentencia de 3 de febrero de 2017[59] concluye que, con su conducta, las empresas del grupo Iberdrola "*evitaron que un número importante de clientes saliera al mercado, y redujeron de esta manera sensiblemente el mercado que razonablemente podrían captar otros comercializadores, en situación de desventaja respecto de dichos clientes, con aumento de su cuota de fidelización, lo que supone un reforzamiento de la barrera de entrada*".

A efectos del presente análisis del artículo 3 LDC en sectores de red, lo relevante del asunto Iberdrola Sur es la demostrada idoneidad de este tipo infractor para analizar conductas en

[59] V. STS Iberdrola Sur: "*no puede negarse que la conducta descrita de las sociedades recurrentes afectó el interés público, concretado en este caso en el objetivo perseguido por el proceso legislativo de liberalización del sector eléctrico, de mejora de las condiciones de competencia y funcionamiento eficaz de dicho mercado, que resultó obstaculizado en la forma que se ha indicado en la sentencia recurrida*". El Tribunal Supremo, no obstante, rebajó a la mitad la multa impuesta por la CNC al considerar que la misma había tenido una duración limitada a 8 meses.

los mercados de energía que, si bien conducen a una distorsión de la competencia, no encuentran acomodo en los artículos 1 y 2 de la LDC. En efecto, este caso puso de manifiesto cómo la situación privilegiada de partida del operador verticalmente integrado unida a la conducta desleal por incumplimiento de una norma sectorial que perseguía promover la concurrencia en el mercado, permitió al grupo obtener una evidente ventaja competitiva frente al resto de operadores. Como recoge con acierto y precisión la resolución de la CNC, "*los demás comercializadores no tuvieron ocasión de competir con IBERDROLA en condiciones de igualdad, debido a que su acceso a la información de los consumidores no pudo producirse con la misma facilidad y celeridad, reduciéndose las posibilidades de elección de los clientes en ese especial momento temporal. Comercializadores que, además, tenían que diseñar su estrategia sabiendo que debían obtener la conformidad expresa de los consumidores interesados en cambiar de suministrador. Adelantándose a los demás competidores e incurriendo en menos costes de captación, IBERDROLA pudo obtener unos beneficios superiores* […] *los márgenes con los que contaban los comercializadores, para ofertar después del primer cambio, eran insuficientes para conseguir un segundo cambio. Tendrían que asumir los costes derivados de que los consumidores son más receptivos a aceptar una primera reducción de precios que a aceptar posibles reducciones marginales futuras, de menor magnitud aunque adicionales. Por todo ello puede concluirse que, con la conducta imputada, IBERDROLA ha adquirido una ventaja competitiva en el mercado, dificultando la posibilidad de que los clientes fueran captados por otros comercializadores no integrados en el Grupo*".

Por su parte, el mercado de suministro minorista de gas ha sido también objeto de investigación por conductas desleales del operador verticalmente integrado. Un claro ejemplo puede encontrarse en el asunto **S/0184/09 ATR Gas Natural**. La resolución de la CNC sanciona dos conductas del operador Gas Natural, una abusiva y otra desleal, tipificadas respectivamente en los artículos 2 y 3 LDC. Esta última se refería a la realización de una campaña informativa de Gas Natural Comercial a sus clientes, alertando contra las campañas comerciales de la competencia. De nuevo, la conducta enjuiciada se producía por un operador verticalmente integrado, "*en un momento competencial especialmente relevante en el proceso de liberalización de la actividad gasista en España*" por la entrada de nuevos operadores, generando como resultado barreras de entrada al mercado.

Lo interesante de este caso es la identidad propia del tipo infractor del artículo 3 LDC en el marco de un expediente en el que se analiza también un abuso de posición de dominio. La conducta analizada resulta particularmente problemática si se atiende al carácter verticalmente integrado del grupo al que pertenecía Gas Natural Comercial. Esta circunstancia le otorgaba una posición privilegiada frente a sus competidores, al partir de una base de clientes cautivos y de un grado de reconocimiento y confianza del que aquéllos carecían. En este contexto, la campaña informativa investigada indujo a los destinatarios a confiar exclusivamente en el grupo empresarial emisor, reforzando su posición como suministrador y dificultando la capacidad de penetración de nuevos entrantes que debían competir, precisamente, contra la inercia reputacional derivada de un prolongado pasado monopolístico. El alcance de dicha campaña de comunicación proyectó sus efectos sobre la totalidad de los operadores que trataban de acceder a un mercado minorista en proceso de liberalización, en el que el grupo sancionado continuaba disfrutando de una ventaja estructural significativa. Así, al generar dudas sobre la conveniencia

del cambio de suministrador, elemento esencial para el desarrollo de una competencia efectiva y eje central de la normativa sectorial que acompañó al proceso de liberalización, la conducta de Gas Natural Comercial contribuyó a reforzar las barreras de acceso al mercado de suministro minorista y a consolidar la posición del incumbente.

De hecho, debe señalarse que, a diferencia de la sanción por infracción del artículo 2 LDC en este expediente que fue anulada por el Tribunal Supremo, la infracción del artículo 3 LDC descrita fue íntegramente confirmada mediante Sentencia de 15 de marzo de 2016, en la que el Tribunal Supremo concluye que "*la conducta analizada desacreditó la actividad de sus competidores, proporcionando una información inexacta y que afectó al interés público representado por la liberalización de un servicio básico que produjo efectos en el mercado*".

La integración vertical sigue presente hoy en día en muchos de estos sectores de red. Por ello, no resulta extraño que, con la aprobación de la Ley 3/2013 y la creación de la CNMC, hayan continuado las investigaciones contra algunos de estos operadores verticalmente integrados bajo la óptica del artículo 3 de la LDC. Así, por ejemplo, cabe citar el asunto **S/0552/15 AGIC-Endesa**, que sancionó el uso de un canal privilegiado de comunicación a los consumidores, como era la factura de los clientes acogidos a la TUR de gas y electricidad, "*para trasladarles mensajes publicitarios de carácter confuso o capcioso*" con el objetivo de redirigirlos hacia los servicios de otra comercializadora del grupo. Resulta particularmente interesante en este caso la alusión que la propia CNMC hace del carácter verticalmente integrado del operador sancionado para profundizar en el falseamiento de la competencia y afectación al interés público que supone la conducta: "*Esta Sala considera que la remisión de comunicaciones y, en general, el desarrollo de estrategias comerciales con contenido desleal por parte de ENDESA XXI ha provocado o tiene la capacidad de provocar una grave perturbación del proceso competitivo. En primer lugar, la empresa que realiza la conducta desleal es ENDESA XXI, una empresa verticalmente integrada en el grupo empresarial ENDESA. Grupo ENDESA tiene una gran relevancia en el sector energético nacional, en la medida en que constituye el mayor comercializador de electricidad y el segundo comercializador de gas natural en España".* Dicha resolución ha sido confirmada en primera instancia[60], si bien está pendiente de recurso ante el Tribunal Supremo.

Conviene no obstante aclarar que los expedientes de artículo 3 LDC en mercados regulados como el de la energía no se han limitado a investigar exclusivamente operadores verticalmente integrados, pues operadores no integrados pueden también llevar a cabo prácticas comerciales desleales susceptibles de alterar la competencia y afectar al interés público[61]. Lo que sí es común en todos estos casos es la consideración del indudable interés público

[60] V. Sentencia de la Audiencia Nacional de 10 de octubre de 2023: "*[…] en las circunstancias concurrentes, medidas encaminadas a la explotación de la confusión del consumidor suponen un falseamiento de la competencia que merece un reproche de interés público, afirmación que compartimos, por cuanto, que, como pone de manifiesto el Abogado del Estado, la protección de la libre decisión de los consumidores para elegir su proveedor de energía tiene un interés público*"

[61] V. en este sentido el asunto S/013/20 AUDAX RENOVABLES, en el que se sancionó a las comercializadoras del Grupo AUDAX por llevar a cabo prácticas comerciales fraudulentas, mediante engaño y confusión, tendentes a propiciar cambios de comercializador en favor de las comercializadoras del Grupo AUDAX en el segmento doméstico de los suministros de electricidad y gas en España.

que reside en el cambio de suministrador como eje crucial del proceso de liberalización para promover la competencia y la reducida capacidad de negociación, acceso a la información o comprensión de muchos clientes para comparar las ofertas disponibles, susceptibles de verse afectados por las prácticas desleales enjuiciadas en cada caso.

Algunos de estos expedientes han analizado también en profundidad la alegada vulneración del principio de *ne bis in idem* cuando el acto desleal es un incumplimiento de la normativa sectorial, como en el asunto **S/013/20 AUDAX RENOVABLES** por incumplimiento de los artículos 46.1.s) y 46.1.t) de la Ley del Sector Eléctrico sobre la venta no solicitada a domicilio. En estos casos, el pronunciamiento de la autoridad de competencia ha sido tajante: el bien jurídico protegido en el expediente por artículo 3 LDC es el funcionamiento del mercado en su conjunto, que se ve comprometido como consecuencia de la conducta desleal, mientras que el bien jurídico protegido en los expedientes sancionadores por infracción de leyes sectoriales es el derecho de los consumidores a una actividad lícita, responsable y transparente por parte de las comercializadoras.

Finalmente, no debe perderse de vista que se trata de mercados con un marcado carácter técnico, que en muchos casos convierten al consumidor en un cliente vulnerable, propiciando este tipo de conductas desleales un efecto distorsionador masivo[62].

Por ello, es inevitable insistir en la relevancia del artículo 3 de la LDC como instrumento que contribuye a maximizar la eficacia de la normativa de competencia en los mercados de red en los que, a través de conductas desleales (prácticas engañosas, fraudulentas o contrarias a la normativa sectorial de carácter concurrencial, entre otras) se ponen en grave riesgo los logros del proceso de liberalización iniciado hace más de tres décadas. Esto exige que las autoridades de competencia extremen la vigilancia a través del instrumento más idóneo en cada caso, como lo fue el artículo 3 LDC en los casos descritos anteriormente.

Otros mercados con operadores verticalmente integrados como terreno fértil para la aplicación del artículo 3 LDC

La integración vertical es un elemento característico en mercados de productos que, por su elevado coste o complejidad técnica, requieren de servicios especializados de reparación o mantenimiento. Es habitual encontrar en muchos de estos mercados fabricantes que ofrecen a sus clientes servicios postventa vinculados a sus productos, en competencia con otros reparadores y mantenedores. Este tipo de mercados son también susceptibles de sufrir conductas desleales en un intento del operador verticalmente integrado por fidelizar al cliente.

Un claro ejemplo es el mercado de fabricación y mantenimiento de ascensores en el que las autoridades de competencia españolas han investigado varias prácticas en el pasado, algunas de ellas en sede de artículo 3 LDC. El caso paradigmático es el asunto **S/410/12**

[62] En este mismo sentido se pronuncia la CNMC en el expte. S/013/20 AUDAX RENOVABLES al señalar que "*los consumidores domésticos, por lo general, son consumidores más vulnerables […] desconocen a detalle el funcionamiento de los mercados de comercialización de luz y gas por tratarse de dos sectores especialmente técnicos y complejos, lo que facilita el éxito de sus estrategias de engaño y confusión*".

Ascensores 2 por el que la CNC sancionó por competencia desleal a cinco operadores verticalmente integrados que llevaban a cabo actividades de fabricación, instalación y mantenimiento de aparatos elevadores. Dichos operadores llevaron a cabo, de manera independiente entre ellos, campañas de información a sus clientes, poniendo en duda la capacidad técnica, solvencia y seguridad de sus competidores, esto es, las empresas mantenedoras de ascensores no integradas verticalmente. La investigación de la CNC confirmó que la conducta de estos operadores era apta para denigrar y generar desconfianza en el cliente hacia los mantenedores independientes, distorsionar su decisión y, con ello, obstaculizar la competencia. La integración vertical de las imputadas fue un elemento relevante en la valoración de la afectación al interés público, tal y como expone de manera precisa el Tribunal Supremo[63] en su sentencia de 1 de octubre de 2018 al referirse a "*la posición de privilegio del fabricante, cuya actuación es determinante de la exclusión de la competencia en el mercado del mantenimiento y reparaciones mediante la intervención en dicho mercado de sus empresas verticalmente integradas, creando con ello unas barreras de entrada que dificultan en alto grado la competencia en ese mercado secundario. Tales apreciaciones, basadas en los elementos fácticos y probatorios disponibles, son los que llevan a la Sala sentenciadora a afirmar la existencia de una vulneración del interés público*"**.**

El asunto Ascensores 2 viene, por tanto, a manifestar cómo la asimetría estructural de los fabricantes verticalmente integrados, con una gran base de clientes y fuerte implantación histórica, intensifica el efecto anticompetitivo de la conducta desleal, coadyuvando a la concurrencia de los requisitos de falseamiento de la competencia y afectación al interés público exigidos por el artículo 3 LDC.

5. El artículo 3 a debate: perspectivas de futuro

Es pacífico el hecho de que, actualmente, estamos asistiendo a una transformación estructural del Derecho de la Competencia y su aplicación, principalmente motivado por el auge de la economía digital. Asimismo, lejos de perder relevancia, la política de competencia debe seguir ocupando un lugar central en la economía en un momento como el actual en el que el debate sobre la competitividad ocupa una posición central en la agenda de la Unión Eu-

[63] V. Expte. S 410/12 Ascensores 2. La Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo han dictado las correspondientes sentencias sobre los recursos de las empresas sancionadas, corrigiendo los importes de las multas pero confirmando la ilicitud de la conducta en todos los casos a excepción de Schindler, cuyo recurso de casación fue estimado por el Tribunal Supremo el 18 de septiembre de 2018 al considerar que las comunicaciones remitidas por dicha empresa no podían considerarse desleales. Para ello, argumenta que "*cuando se afirma que «Sólo Schindler puede garantizarle, como fabricante de su ascensor, que las piezas de repuesto son piezas originales» y «Esta garantía de fiabilidad y tiempo mínimo de entrega de repuestos, no se la podrá igualar otra empresa, dado que sólo podrá disponer de nuestros repuestos originales en nuestro Departamento de Venta de Repuestos», tan solo se afirma una realidad y es que dicha empresa, en cuanto fabricante de los ascensores, garantiza que instala piezas originales sin que pueda extraerse la conclusión de que las demás empresas no lo hagan o no puedan obtener recambios originales acudiendo a su departamento de venta de repuestos. El hecho de que se afirme que, en cuanto fabricante ha implantado un procedimiento ágil para obtener los recambios originales y que, por lo tanto, es más eficaz que sus competidores, tampoco puede considerarse un hecho falso ni denigratorio, pues ante la eventualidad de que los clientes puedan optar por otras empresas, es lícito que las empresas traten de retener su clientela y para ello expliquen a sus clientes sus fortalezas y las ventajas que supone utilizar sus servicios de mantenimiento y reparación de los ascensores de la misma empresa que lo fabricó*."

ropea. Ahora bien, su eficacia exige una constante adaptación y complementariedad con instrumentos preventivos que den respuesta a los actuales problemas que plantea el poder de mercado en todas sus formas.

Es también indiscutible que la robustez de toda autoridad de competencia radica en disponer de un marco normativo y procedimental eficaz y flexible. Así, el Derecho de la competencia se caracteriza, precisamente, por la apertura de sus prohibiciones, concebidas para adaptarse a las particularidades de cada caso y a la evolución de los mercados. En este contexto, la existencia de herramientas adicionales que permitan captar de forma adecuada aquellas conductas empresariales con incidencia en la estructura o el funcionamiento competitivo del mercado —y, en última instancia, en el bienestar de los consumidores— resulta no solo conveniente sino, independientemente de su aplicación más o menos selectiva, necesaria para hacer frente a los nuevos retos presentes y futuros derivados de las profundas transformaciones económicas y tecnológicas de los últimos tiempos.

En este sentido, la evolución del Derecho de la competencia en Europa refleja, en buena medida, las transformaciones estructurales de los mercados. En una primera etapa, los esfuerzos normativos se centraron prioritariamente en la persecución y prohibición de los cárteles, en un contexto histórico en el que estas formas de coordinación empresarial habían alcanzado una notable extensión y, en algunos casos, un elevado grado de institucionalización, particularmente en Alemania durante el régimen nazi. Posteriormente, a partir de los procesos de liberalización impulsados en las décadas finales del siglo XX, cobró especial relevancia la disciplina del abuso de posición de dominio, en la medida en que numerosos sectores transitaron desde situaciones de monopolio público hacia estructuras en las que antiguos incumbentes, a menudo privatizados, pasaban a competir —no siempre en condiciones plenamente equitativas— con nuevos entrantes.

Más recientemente, pese a la apertura formal de los mercados, persisten fenómenos como la integración vertical, las ventajas competitivas heredadas de regímenes anteriores o la irrupción de nuevos modelos de negocio —especialmente en el entorno digital— que permiten distorsionar la competencia mediante prácticas como el *self-preferencing*, incluso en ausencia de una posición de dominio en sentido estricto.

Por tanto, la creciente complejidad de los mercados dota de mayor sentido a la incorporación de ilícitos vinculados a la competencia desleal en el ámbito *antitrust*. Esta tendencia se aprecia, por ejemplo, en el parágrafo 19a de la ley alemana de competencia, el cual introdujo, en 2021, una categoría autónoma de empresas con "importancia primordial para la competencia en varios mercados", permitiendo al *Bundeskartellamt* someterlas a un régimen de control más amplio que la dominancia clásica en ecosistemas digitales, atendiendo a factores como el acceso a datos, la integración vertical o la función de intermediación.

Pues bien, en este mismo sentido, es necesario poner en valor el artículo 3 de la LDC 2007 como instrumento de cierre del sistema español de defensa de la competencia, particularmente útil para cubrir las lagunas de las prohibiciones clásicas. La práctica decisoria de las últimas décadas de la autoridad española de competencia ha demostrado su funcionalidad, en particular para la represión de actuaciones unilaterales —en ocasiones paralelas— lleva-

das a cabo por empresas que, pese a no ostentar posición dominante en el mercado en sentido estricto, son capaces de generar efectos especialmente relevantes. Ello adquiere especial relevancia en aquellos mercados cuya propia idiosincrasia no garantiza la igualdad de condiciones competitivas (*level playing field*)—como sucede en sectores que han transitado desde situaciones de clara dominancia hacia estructuras más atomizadas con nuevos entrantes, en mercados con elevados niveles de integración vertical, o con presencia de operadores con fuerte posición histórica o institucional o poder de mercado incipiente.

El hecho de su limitada aplicación en comparación con las prohibiciones clásicas de acuerdos restrictivos o de abuso de posición de dominio —circunstancia que ha constituido una de las críticas más recurrentes a lo largo de su evolución— no desvirtúa su potencial como instrumento eficaz en la lucha contra las conductas anticompetitivas. En efecto, lo verdaderamente relevante desde la perspectiva antitrust no reside en la frecuencia de su aplicación, pues necesariamente será una herramienta de intervención selectiva o residual, sino en si su utilización ha permitido efectivamente neutralizar aquellas conductas con impacto apreciable sobre las condiciones competitivas del mercado y que no podían abordarse en sede de los artículos 1 y 2 LDC. Sostener lo contrario equivaldría a afirmar, por ejemplo, que en aquellos países con menores tasas de homicidio resultaría conveniente suprimir su tipificación en el Código Penal, conclusión que, por su propia evidencia, no puede compartirse. O, estrictamente en el ámbito de la LDC, a propugnar la supresión de las terminaciones convencionales, habida cuenta de su aplicación aún más residual.

Desde esta perspectiva, tampoco resulta justificada la tesis de quienes propugnan relegar la aplicación de este precepto a las autoridades autonómicas de competencia, pues, como se deriva de los datos reflejados en el anexo, su utilización ha sido tan limitada como en el ámbito nacional, dónde además las conductas sancionadas claramente tenían dimensión supraautonómica. Del mismo modo, carece de suficiente fundamento la preocupación de quienes cuestionan los recursos empleados por la autoridad de competencia en el examen de actuaciones supuestamente alejadas del interés público protegido por la LDC, a la vista del elevado número de expedientes archivados. En efecto, aun cuando no existen datos públicos disponibles, no resulta irrazonable pensar que la facultad de priorización de asuntos introducida por el Real Decreto-ley 7/2021 —que traspuso en nuestro ordenamiento la Directiva ECN+— tendrá una incidencia significativa en este tipo de denuncias relativas a conductas desleales carentes de relevancia pública.

Tampoco consideramos relevante la aparente incongruencia legal al ser la única práctica excluida del conocimiento de los juzgados de lo mercantil (Disposición adicional primera de la LDC 2007) y de la aplicación privada del Derecho de la competencia (art. 71 LDC 2007). En primer lugar, porque el enjuiciamiento de los actos de competencia desleal corresponde, *per se*, a los órganos de la jurisdicción mercantil, siendo en dicho ámbito igualmente exigible la correspondiente reparación de los daños y perjuicios (art. 32 LCD). En segundo término, debe tenerse en cuenta, asimismo, la limitada aplicación práctica de las prohibiciones antitrust por parte del orden jurisdiccional civil.

Un aspecto en el que existe un amplio consenso doctrinal es en la progresiva delimitación de los elementos que integran el requisito de la afectación al interés público, verdadero eje con-

figurador de la prohibición. Ello ha contribuido de manera indudable a reforzar la seguridad jurídica en la aplicación del precepto en los últimos años bajo el amparo del art. 3 LDC, en claro contraste con la etapa precedente.

En este contexto, la experiencia acumulada en la aplicación del art. 3 ha puesto de relieve su utilidad como instrumento idóneo para prohibir y sancionar aquellos actos de competencia desleal con verdadero impacto sobre el funcionamiento competitivo del mercado, pero que no encajan en las prohibiciones tradicionales. Esta funcionalidad adquiere especial relevancia de cara al futuro en ámbitos particularmente relevantes, como la contratación pública[64] o los mercados digitales, donde concurren dinámicas complejas —asimetrías de información, poder de mercado significativo sin dominancia formal, poder de mercado incipiente o nuevas formas de distorsión competitiva a través de efectos de red masivos— que pueden favorecer la aparición de prácticas desleales con impacto estructural. De la misma forma que el artículo 3 LDC ha jugado un papel crucial en la protección y plena eficacia del proceso de liberalización impulsado desde Europa en los mercados de red a finales de los años 90, puede ser ahora un instrumento muy eficaz para aquilatar la normativa ex ante que ha ido surgiendo en torno a estos nuevos mercados digitales en los que se ha comprobado que los artículos 1 y 2 LDC y sus equivalentes comunitarios no son siempre suficientes. A ello se suma la existencia de multitud de mercados de especial interés en la actualidad como son los conformados por plataformas digitales, en los que existen operadores verticalmente integrados que podrían tener incentivos a fidelizar a sus clientes mediante prácticas desleales que quedan fuera del ámbito del artículo 2 LDC y serían susceptibles, sin embargo, de distorsionar la competencia y afectar con ello al interés público.

De ahí que, a nuestro juicio, resulte plenamente justificada la defensa de la permanencia de este instrumento en el ordenamiento español, como mecanismo flexible, selectivo y complementario para la tutela efectiva de la competencia.

[64] Especial interés tiene el caso de art. 3 LDC sancionado en la Resolución de la Comisión Gallega de la Competencia, expte. 9/2024 – LICITACIÓN SERVICIOS LIMPIEZA, DESINFECCIÓN Y GESTIÓN RESIDUOS, muy similar al anteriormente sancionado por el TDC, expte. 294/91 Aceites, en el que varias empresas del mismo grupo presentan ofertas independientes pero coordinadas, vulnerando con ello el principio de proposición única del art. 139.3 de la LCSP.

En el mismo sentido, la autoridad francesa de competencia ha venido calificando como práctica colusoria la manipulación de licitaciones mediante la presentación de ofertas aparentemente independientes por parte de empresas pertenecientes a un mismo grupo (Decisión 18-D-02, de 19 de febrero de 2018). No obstante, esta posición experimenta una matización relevante en la Decisión 20-D-19, de 25 de noviembre de 2020, en la que la autoridad francesa aplica la doctrina establecida por el TJUE en la Sentencia de 17 de mayo de 2018, Ecoservice projektai (C-531/16), conforme a la cual las prácticas coordinadas llevadas a cabo mediante la presentación de ofertas separadas por empresas que integran una misma unidad económica no pueden ser sancionadas al amparo del artículo 101 TFUE ni de las normas nacionales equivalentes.

Con todo, en el ordenamiento español cabe sostener, a la vista de la práctica decisoria ya existente, la eventual aplicación del artículo 3 de la LDC a este tipo de conductas.

Bibliografía

ALONSO SOTO, R "Competencia desleal y defensa de la competencia en España", *Información Comercial Española*, núm. 750/96.

CASADO NAVARRO, A. "El controvertido asunto de la función normativa del falseamiento de la competencia por actos desleales (Art. 3 LDC)", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, núm. 22, 2018.

CABRERA, S. & ESCUDERO, A. "La aplicación del artículo 3 de la ley de defensa de la competencia ¿la reactivación del ilícito?", *Anuario de la Competencia*, núm. 1, 2011-2012.

CERDÁ MARTÍNEZ-PUJALTE, C. "Últimas tendencias en la aplicación del art. 3 de la LDC: especial consideración al requisito de afectación al interés público", *Anuario de la Competencia*, 2014.

COSTAS COMESAÑA, J. "Los actos desleales contrarios al interés público", en AA.VV. (Dir. RUIZ PERIS, J. I.), *La nueva Ley de Defensa de la Competencia*, Valencia, 2008.

COSTAS COMESAÑA, J. "La especialidad del Derecho de defensa de la competencia ante la codificación mercantil", en *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Madrid, 2015.

COSTAS COMESAÑA, J. "La transposición de la Directiva ECN+: otra oportunidad perdida para mejorar la eficacia del Derecho español de la competencia"; en E. Olmedo Peralta y A. Robles Martín-Laborda (coord.), *Estudios de la red académica de defensa de la competencia (RADC)*, Pamplona, 2022.

DE GUINDOS, B. & MARTÍN, M.J. "Integración vertical y competencia en gas y electricidad: ¿quo vadis?", *Anuario de la Competencia*, 2017.

DÍEZ ESTELLA, F. "¿Réquiem por el artículo 7 de la Ley de Defensa de la Competencia?", *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, núm. 5, 2005.

DÍEZ ESTELLA, F. "El artículo 3 LDC: falseamiento de la competencia por actos desleales", *Noticias de la Unión Europea*, núm. 330, Julio 2012.

DÍEZ ESTELLA, F. Competencia desleal y antitrust en la contratación pública: ¿Un nuevo horizonte para el art. 3 LDC? (Comentario a la Sentencia núm. 0430/2021, del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, de 5 de noviembre de 2021), *Anuario de Derecho de la Competencia*, Madrid, 2022.

DÍEZ ESTELLA, F. *Las prácticas anticompetitivas en el Derecho español: arts. 1, 2 y 3 LDC*, Barcelona, 2024.

MARCOS, F. "La exigencia de sensibilidad del falseamiento de la competencia en la LDC. Notas a propósito de la Problemática puesta de manifiesto por la STS de 20 de enero de 2008", Diario La Ley, núm. 7328, 26 de enero de 2010.

MONTAÑA, M. "Artículo 3. Falseamiento de la libre competencia por actos desleales", en M. ODRIOZOLA (Dir.), B. IRISSARRY (Coord.), *Derecho español de la competencia*, Barcelona, 2008.

MASSAGUER, J. "Artículo 3. Falseamiento de la competencia por actos desleales", en MASSAGUER, J./FOLGUERA, J./SALA ARQUER, J.M./GUTIÉRREZ, A., *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Pamplona, 2008.

ROBLES MARTÍN-LABORDA, A. Libre competencia y competencia desleal, 2001, Madrid.

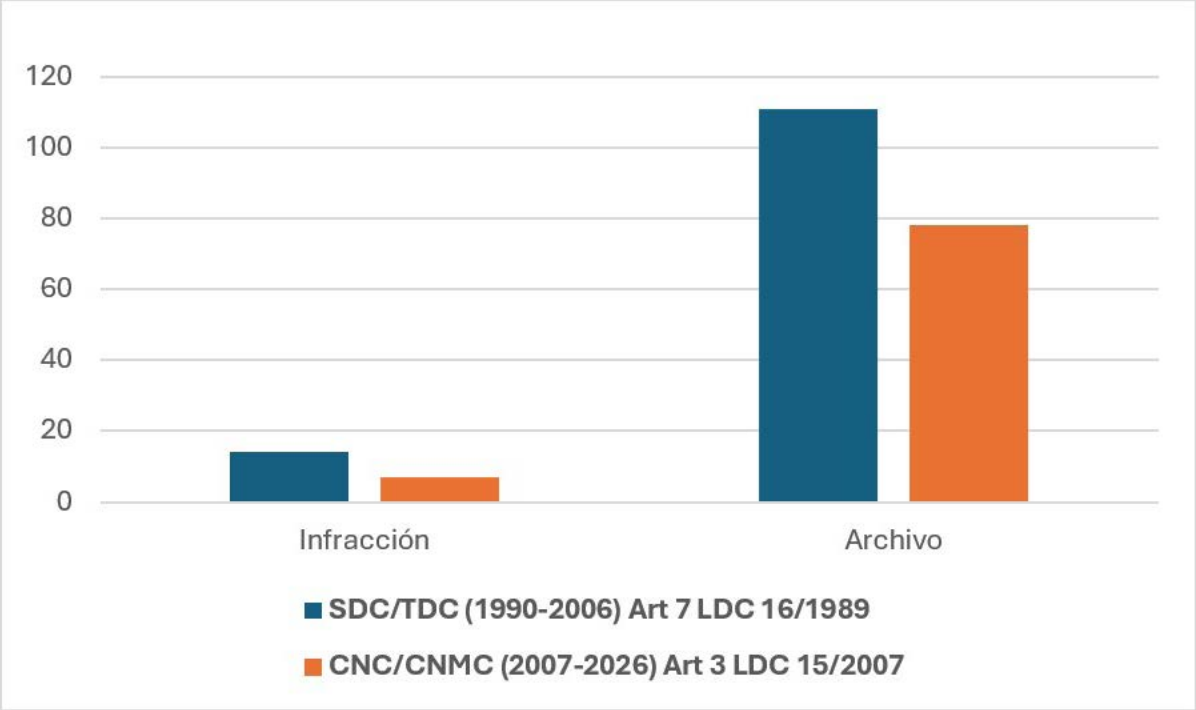
RODRÍGUEZ MÍGUEZ, J.A. "Prácticas anticompetitivas y contratación pública: la visión de una autoridad de competencia", *Revista gallega de administración pública*, Vol. 1, núm. 62, 2021.

Anexo: Aplicación práctica desde 1990 hasta la actualidad

A continuación, se exponen algunos datos relativos a la aplicación durante la vigencia de la LDC 1989 y de la LDC 2007, incluyendo tanto resoluciones de archivo como sancionadoras e incluyendo también los expedientes instruidos y/o resueltos por los órganos autonómicos de competencia[65].

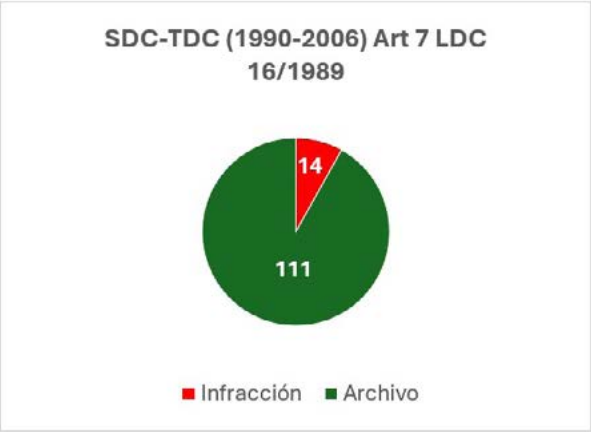
Como se puede observar, desde 1990 en adelante ha habido, al menos, 125 resoluciones de art. 7, de las cuales 14 han sido resoluciones declarativas de infracción y 111 archivos. Posteriormente, bajo la LDC de 2007 se han tramitado un total de 88 expedientes, 7 casos han concluido con resolución sancionadora, 3 con terminación convencional y 78 han sido archivados.

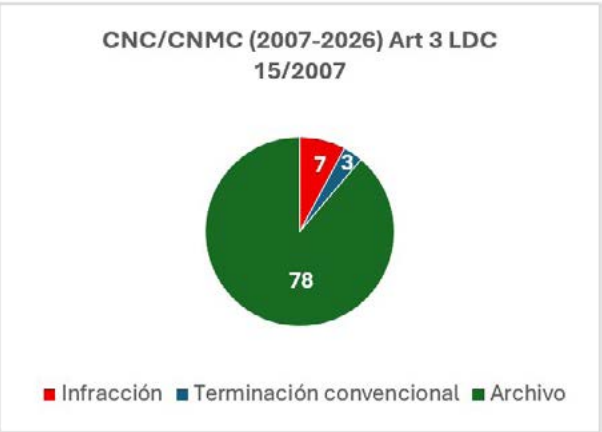
Gráfico 1.
Aplicación de infracción por competencia desleal (LDC)



Fuente: Elaboración propia

[65] Debe advertirse, no obstante, que la relación de casos no tiene carácter exhaustivo. En particular, las dificultades para acceder a fuentes sistematizadas de información respecto de los asuntos más antiguos tramitados bajo la vigencia de la LDC 1989 o de algunas CCAA, puede haber impedido la identificación de la totalidad de los expedientes. Con todo, se ha realizado un esfuerzo significativo por recopilar el mayor número posible de resoluciones, por lo que los datos ofrecidos pueden considerarse suficientemente representativos a los efectos analíticos de este trabajo.





Por lo que respecta a las autoridades autonómicas, ha sido posible contabilizar, al menos, 164 resoluciones, de los cuales 8 han sido resoluciones sancionadoras y 156 archivos.

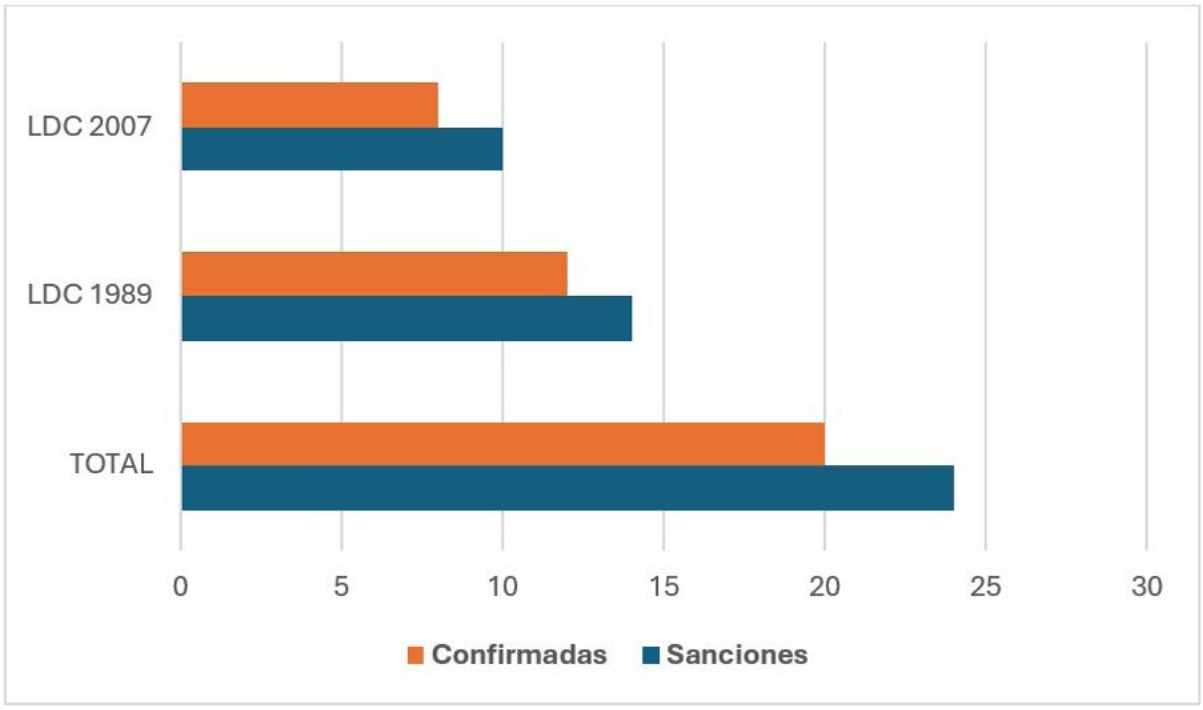


Por lo que respecta al control jurisdiccional, cabe señalar que, de las catorce resoluciones sancionadoras dictadas al amparo de la LDC 1989, dos fueron anuladas en sede judicial respecto a la declaración de infracción[66]. Del mismo modo, de las diez resoluciones concluidas mediante sanción o terminación convencional bajo la vigencia de la LDC 2007, dos han sido igualmente anuladas por los tribunales[67]. Por tanto, en más del 80% de los casos las resoluciones en aplicación del ilícito de competencia desleal en sede antitrust han sido confirmadas.

[66] Expte 368/95 Veterinarios Ambulantes, anulado por SAN de 29 de enero de 2003 y expte. 357/95 Expertos Inmobiliarios, anulado por STS de 9 de marzo de 2005.

[67] S/0304/10, ENDESA, anulado mediante STS de 25 de octubre de 2016 y expte. S/0410/12 ASCENSORES-2, anulado por STS de 28 de septiembre de 2018 para la empresa SCHINDLER.

Gráfico 2.
Control jurisdiccional de resoluciones sancionadoras de la CNMC por competencia desleal (LDC)



Fuente: Elaboración propia

La exención legal. Encaje e interpretación del artículo 4 de la LDC

Autor:

Lluis Cases, Profesor titular derecho administrativo de la Universidad Autónoma de Barcelona

Resumen:

La exención legal (artículo 4 de la LDC) implica que las prohibiciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC no se aplican a las conductas que resulten de la aplicación de una ley. Esta previsión tiene antecedentes en anteriores normas nacionales de competencia y también encaje en el ordenamiento jurídico. Pero, es imprescindible precisar el alcance y la interpretación del artículo 4 para asegurar la plena efectividad de las normas de competencia.

Palabras clave:

Exención legal, amparo legal, administración pública, regulación, ámbito subjetivo

Códigos JEL:

K21, L40, L51

1. Introducción. La exención legal

El artículo 4.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC) dispone con el enunciado "Conductas exentas por ley":

Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley.

El precepto establece que conductas que infrinjan el artículo 1 LDC[68], prácticas colusorias, el artículo 2 LDC, abuso de posición de dominio y el artículo 3 LDC, falseamiento de la libre competencia por actos desleales no podrán ser perseguidas en la medida que resulten de la aplicación de una ley, sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias.

En consecuencia, es un precepto clave del ordenamiento jurídico ya que habilita de forma expresa la no aplicación de las prohibiciones contenidas en la LDC a conductas que constituirían infracción de la misma.

La exposición de motivos de la LDC es parca en la explicación de la motivación del precepto y hace una breve mención al mismo:

"Finalmente, se extiende a todos los tipos de infracción previstos en este capítulo la exención de las conductas que resulten de la aplicación de una norma con rango de Ley y de las conductas «de minimis», entendidas como aquéllas que, por su menor importancia, no son susceptibles de afectar de forma significativa a la competencia, cuyas características se concretarán mediante el correspondiente desarrollo reglamentario."

[68] La exención legal es un marco conceptual completamente distinto de los apartados 3, 4 y 5 del artículo 1 de la LDC que permiten en determinadas circunstancias habilitar conductas contrarias al apartado 1:

3. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que contribuyan a mejorar la producción o la comercialización y distribución de bienes y servicios o a promover el progreso técnico o económico, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto, siempre que:

a) Permitan a los consumidores o usuarios participar de forma equitativa de sus ventajas.

b) No impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para la consecución de aquellos objetivos, y

c) No consientan a las empresas partícipes la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

4. La prohibición del apartado 1 no se aplicará a los acuerdos, decisiones, o recomendaciones colectivas, o prácticas concertadas o conscientemente paralelas que cumplan las disposiciones establecidas en los Reglamentos Comunitarios relativos a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresa y prácticas concertadas, incluso cuando las correspondientes conductas no puedan afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

5. Asimismo, el Gobierno podrá declarar mediante Real Decreto la aplicación del apartado 3 del presente artículo a determinadas categorías de conductas, previo informe del Consejo de Defensa de la Competencia y de la Comisión Nacional de la Competencia.

En cambio, puede resultar interesante recordar lo establecido en la exposición de motivos de la Ley 110/1963, de 20 de julio, de represión de prácticas restrictivas de la competencia para conceptuar la exención legal:

> "El antagonismo entre las técnicas administrativas de intervención y la utilización de la idea del orden público económico, a más de constituir la razón fundamental que establece la oportunidad en este momento de promulgación de la Ley, aparece reflejada en el artículo IV de la misma, ya que, como anteriormente se ha indicado, la técnica del orden público económico viene a salvar en cierto sentido el riesgo que plantea la progresiva desaparición de potestades administrativas. En tanto éstas subsistan, no entra en juego la Ley en cada sector concreto de actividad económica, puesto que no es aquí la iniciativa privada dentro del marco del orden público, lo que estructura libremente la economía, sino que es la propia Administración quien la conforma, a través del ejercicio de sus potestades de intervención. Es por ello preciso hacer esta salvedad que configura claramente el ámbito de aplicación de la Ley."

Para comprender adecuadamente el artículo 4 LDC es oportuno atender, primero, a los antecedentes normativos y segundo percibir su razonabilidad y justificación en el marco global del nuestro ordenamiento jurídico. Y, tercero, teniendo en cuenta lo anterior, exponer su análisis que requerirá atender a la norma que puede evitar la aplicación de la LDC, a qué conductas puede referirse y la interpretación de los términos "conductas que resulten de la aplicación de una ley".

2. Los antecedentes normativos

De entrada, cabe señalar que en el sistema español de defensa de la competencia siempre ha existido una norma similar al referido actual artículo 4 LDC.

Ya en la inicial Ley 110/1963 se disponía en su también artículo 4. Uno:

> Las prohibiciones contenidas en el artículo primero no serán de aplicación a las situaciones de restricción de la competencia que se hallen expresamente establecidas por el ejercicio de potestades administrativas a virtud de disposición legal.

A su vez, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la competencia bajo el enunciado de conductas autorizadas por Ley establecía en su artículo 1.2:

> Las prohibiciones del artículo 1.º no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley.

Esta previsión legal fue objeto de modificación en la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la LDC, que dejó el referido artículo 1.2 en estos términos:

> Las prohibiciones del artículo 1.º no se aplicarán a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas que resulten de la aplicación de una Ley o de las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley.

3. El encaje de la exención legal en el ordenamiento jurídico

La defensa de la competencia constituye en nuestro ordenamiento jurídico una forma fundamental de intervención de la administración pública en el mercado en el marco de la libertad de empresa del artículo 38 de la Constitución. Como estableció el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 1 de julio de 1986:

> "El reconocimiento de la economía de mercado por la Constitución, como marco obligado de la libertad de empresa, y el compromiso de proteger el ejercicio de ésta -art. 38, inciso segundo- por parte de los poderes públicos suponen la necesidad de una actuación específicamente encaminada a defender tales objetivos constitucionales. Y una de las actuaciones que pueden resultar necesarias es la consistente en evitar aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas, apareciendo así la defensa de la competencia como una necesaria defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste." [69]

La defensa de la competencia es, sin duda, una intervención de los poderes públicos en el mercado para preservar el interés público de mantener un marco competitivo adecuado[70]. Es una forma de intervención pública muy singular. Tiene evidentes raíces en el sistema político constitucional. Se articula con una evidente adaptabilidad y flexibilidad ya que las normas permanecen prácticamente invariables durante décadas. Y supone un cambio de orientación radical en la actuación de los poderes públicos, que ya no definen *ex ante* y de manera estática las conductas que han de desarrollar los operadores en el mercado, sino que se limitan a supervisar que las condiciones de competencia, consideradas las adecuadas para el interés público, no se vean alteradas por las decisiones particulares de los operadores económicos. Cuando los poderes públicos defienden el interés público en el marco de la defensa de la competencia los actores principales en el mercado han de ser los operadores económicos y no la regulación pública. Pero en este caso será necesario asegurar que los operadores actúen en el marco de competencia y el poder público intervendrá para asegurar precisamente el objetivo público de que exista y se mantenga una competencia efectiva en el mercado.

No obstante, es evidente que los poderes públicos disponen también de otros mecanismos para interferir o actuar sobre el comportamiento de los operadores económicos en el mercado en el desarrollo de las funciones constitucionalmente asignadas y siempre también con las limitaciones que impone el derecho de la Unión Europea. Como ha indicado el Tribunal Constitucional en la sentencia de 11 de noviembre de 1999:

> "La finalidad específica de la Ley según su exposición de motivos es la de «garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla contra todo ataque contrario al in-

[69] STC 88/1986, de 1 de julio.

[70] En extenso sobre este tema en CASES PALLARES, Lluis, Regulación y competencia. Límites y conexiones, en MUÑOZ MACHADO, Santiago, Derecho de la regulación económica. I Fundamentos e instituciones de la regulación, 2010, ISBN 978-84-9890-046-0, Iustel.

terés público». Agregando a continuación que este objetivo es «compatible con las demás leyes que regulan el mercado». Lo que pone de relieve que la normativa de defensa de la competencia, de un lado, está dirigida a salvaguardar un interés general, la ordenación o el buen funcionamiento del mercado. Y lo lleva a cabo mediante ciertas reglas y el establecimiento de procedimientos de control por entidades públicas que permiten que los agentes económicos que concurren en el mismo lo hagan en condiciones que garanticen su libertad de participación; excluyendo, correlativamente, aquellas conductas que puedan interferir ese marco de libertad de los concurrentes y, de este modo, afectar al mencionado interés general. De otro lado, que esta finalidad específica es la que caracteriza a la disposición legal aquí examinada, ya que en la ordenación del mercado también concurren otros sectores normativos con un contenido propio y al servicio, asimismo, de intereses generales, extremo sobre el que se volverá más adelante."[71]

Como señalaba ya en 1997 BERENGUER FUSTER, "el principio de libre competencia tiene su engarce en la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, como reconocen tanto la Exposición de Motivos de la Ley como el Tribunal Constitucional y, por lo tanto, tiene un carácter supralegal que debe estar presente en la totalidad del ordenamiento jurídico y que no se agota con la promulgación de la Ley de Defensa de la Competencia. Es cierto igualmente que el principio de libertad de competencia no constituye un absoluto y, por lo tanto, admite excepciones. Precisamente la existencia de esas excepciones justifica la existencia del artículo 2.1 LDC"[72]. O como ha indicado MARCOS, "la exclusión legal contenida en el artículo 4 LDC desempeña la crucial función de servir de cauce general a las normas e intervenciones públicas que introducen restricciones a la libre competencia fundamentadas en otros valores o bienes de relevancia constitucional, en tanto que se trate de medidas idóneas, indispensables y proporcionadas para alcanzar esos objetivos, siempre que se instrumenten a través de una norma con rango de ley"[73].

En este marco conceptual puede recordarse las indicaciones del Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la resolución de una disputa sobre una norma autonómica en materia de protección de los consumidores, y haciendo referencia a la defensa de la competencia:

"Junto a esta forma de intervención del Estado en la regulación del mercado, que deriva de los mismos términos del art. 38, pueden encontrarse otras, de relevancia para el caso que nos ocupa, que se fundan en preceptos constitucionales específicos, como el art. 51, en sus apartados 1 y 3, en cuanto atribuye a los poderes públicos «la defensa de los con-

[71] Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999, de 11 de noviembre, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad interpuestos contra la LDC de 1989 y cuya estimación derivó en la aprobación posterior de la Ley 1/2002, de 21 de febrero de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. Sobre esta Sentencia puede verse, TORNOS MAS, Joaquin, Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 sobre la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989, Anuario de la Competencia 1999.

[72] BERENGUER FUSTER, Luis, Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, Anuario de la Competencia 1997.

[73] MARCOS, Francisco, Artículo 4 Conductas exentas por ley, en MASSAGUER FUENTES, J. et al (2020) Comentario a la ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Thomson Reuters-Civitas, 2024 7ª edición, 978-84-1162-941-6.

sumidores y usuarios», y se prevé que, a tal efecto, «la Ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de los productos comerciales»."[74]

Y, en este mismo sentido, puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio de 2013, que ampara la exención legal en estos términos:

"La capacidad legislativa del Parlamento no queda condicionada o congelada por la aprobación de una ley, incluso de carácter general (como la Ley 16/1989 o la Ley 15/2007), que otras leyes ulteriores, de orden sectorial, pueden modificar explícita o implícitamente. Y es también comprensible que razones de todo tipo - sociales, económicas, entre ellas- puedan aconsejar excepciones, con mayor o menor extensión, o cambios legales respecto del régimen «normal» de competencia para sectores, parcelas o actividades de la actividad pública o privada, si las cámaras parlamentarias así lo deciden (con los solos límites constitucionales, por un lado, y derivados de las «disposiciones comunitarias» a las que se refieren el artículo 2 de la Ley 16/1989 y el artículo 4 de la Ley 15/2007, por otro)"[75]

Los distintos poderes públicos disponen de habilitaciones competenciales evidentes para regular la conducta de los operadores económicos en el mercado en distintos sectores. Como ha indicado PADROS, "por disposición de la misma Ley, resulta que la defensa de la competencia y el libre mercado no son un objetivo absoluto sino relativo, que puede ceder en casos donde el interés público justifique la vulneración de las reglas de mercado"[76]. El listado, además, jamás podrá ser cerrado ya que los poderes públicos ostentan capacidad de intervención permanente, obviamente respetando el marco de los derechos constitucionales y las obligaciones impuestas por el derecho de la Unión Europea. Cuestión distinta es la controversia entre el Estado y las Comunidades Autónomas para dirimir el poder público competente para regular una determinada materia. Esta controversia que es propia y lógica en los sistemas políticos articulados en una distribución territorial del poder público se hace más compleja, no en sentido peyorativo, con la propia articulación del título competencial defensa de la competencia[77].

---

[74] STC 88/1986, de 1 de julio.

[75] Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio 2013, 3139/2013.

[76] PADROS REIG, Carlos, La presencia de la administración pública en carteles privados: la regulación administrativa-colusoria, Revista General de Derecho Administrativo 32 (2013).

[77] En este sentido, como mero ejemplo, puede verse la Sentencia del Tribunal Constitucional 18/2016, de 4 de febrero, que resuelve un recurso de inconstitucionalidad contra varios preceptos del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad:

"El artículo 28.1 tiene como objeto permitir la convivencia de distintas modalidades de venta en un único establecimiento comercial. Se trata de un modo de intervención pública que pretende ordenar el mercado, eliminando restricciones existentes en la regulación anterior, que afecta al régimen de competencia entre los ofertantes permitiéndoles el desempeño simultáneo de varias actividades comerciales. En la medida, por tanto, en que se trata de una regulación que afecta sobre todo a la relación horizontal entre las empresas en una economía de libre mercado y no a la situación del consumidor como destinatario de los productos, su aprobación corresponde al ente territorial competente para legislar en el ámbito de la defensa de la competencia, esto es, el Estado en virtud del art. 149.1.13 CE (en un sentido similar, STC 26/2012, FJ 10). Eso mismo sucede en relación con el artículo 28.2 en cuanto se refiere a los condicionantes necesarios para la puesta en práctica de las actividades de promoción de ventas. Al artículo 28.3, que permite a cada comerciante decidir libremente los periodos de rebajas y su duración, le es aplicable nuestra doctrina según la cual las normas que regulan un marco temporal para el desarrollo de específicas modalidades de ventas, deben considerarse integradas en las normas que

Es evidente que los poderes públicos, respetando el marco constitucional y el dimanante del derecho de la Unión Europea, pueden optar por considerar que el interés público requiere una intervención reguladora que implicará reducir el margen de actuación de los operadores económicos e incluso imponer determinadas conductas que serían contrarias a la LDC. El propio artículo 4 LDC nos recuerda que todo ello sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias. El principio de primacía del derecho de la Unión Europea impone que la intervención legal por parte de los estados miembros se sujete al escrutinio del derecho comunitario cuando corresponde. La opción por la técnica regulatoria es una decisión normativa de cariz político ideológico que será legítima en tanto que respete el marco constitucional y comunitario. Será también una opción para un momento temporal concreto y específico que puede ser modificado posteriormente en procesos que se han venido a denominar de desregulación pública. Pero esta opción implicará la no aplicación de una ley como la LDC y por ello el artículo 4 LDC requiere que sea una ley la que la disponga. Así, se han superado preceptos anteriores relativos a la exención que permitían extenderla a normas meramente reglamentarias. La exención, por ello la denominamos legal, ha de proceder del poder legislativo que sostenga y considere que en un determinado ámbito material y momento temporal la forma de intervención en defensa del interés público no ha de ser la defensa de la competencia, sino la regulación de las conductas de los operadores económicos habilitando incluso conductas contrarias a la LDC, obviamente con respeto a las obligaciones dimanantes del derecho de la Unión Europea.

Las autoridades de competencia no podrán intervenir cuando el legislador ha optado por permitir en la regulación determinadas conductas que podrían ser objeto de persecución en aplicación de la LDC. Como ha señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de octubre de 2005:

> "Al tratarse de una actividad realizada al amparo de una disposición de carácter legal, es innecesario examinar si estamos ante alguna de las prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, en virtud de lo dispuesto por el párrafo 1º del artículo 2 de la misma LDC"[78]

Este marco y encaje conceptual en el ordenamiento jurídico tiene necesariamente que servir de directriz para la interpretación del artículo 4 LDC.

4. La interpretación del artículo 4 LDC

El análisis de la regulación de la exención legal del artículo 4 LDC requiere examinar distintos aspectos. No es una cuestión baladí o de escasa significación. La interpretación de la exención legal es clave en el sistema español de defensa de la competencia. Ya en 1994 decíamos, "consideramos que es necesario para la aplicación de la exclusión del artículo 2.1 de la LDC que la conducta restrictiva sea el resultado de la voluntad del legislador. Se evita así la quiebra del sistema de defensa de la competencia, que podría derivar de una interpretación

velan por la defensa de la competencia (por todas, STC 106/2009, de 4 de mayo, FJ 2), siendo, por tanto, competencia del Estado ex art. 149.1.13 CE.

[78] Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2005, 6543/2005.

amplia del referido precepto"[79]. Conviene por tanto profundizar a la interpretación del actual artículo 4 LDC.

La exención debe derivar de una ley

La exención deberá ser establecida, en los términos que más adelante se examinarán, en una ley.

En este sentido, es claro el apartado 2 del referido artículo 4 LDC cuando se refiere a actuaciones sin la cobertura en una ley:

2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal.

Esta previsión se recogió ya en la Ley 52/1999 que suprimió la referencia como instrumento de activación de la exención legal a "las disposiciones reglamentarias que se dicten en aplicación de una Ley". Por tanto, no hay cobertura para las conductas que deriven de potestades administrativas o causadas por los poderes públicos sin el amparo legal.

La remisión a la ley deriva, sin duda, del encaje de la exención legal en el ordenamiento jurídico anteriormente expuesto. En el marco del sistema constitucional español ha de ser una norma con rango de ley la que desplace la aplicación completa de la LDC en función de otros intereses públicos que se consideran deben ser atendidos.

La referencia a la ley del artículo 4 finalmente merece tres observaciones. En primer lugar, atender al marco constitucional y percibir las distintas normas que pueden ostentar el rango de ley (ley, decreto ley y decreto legislativo). Entendemos que la referencia a la ley en la LDC debe extenderse a todas las normas que en nuestro sistema constitucional ostentan el rango de ley.

En segundo lugar y siguiendo también el marco constitucional habrá que interpretar, según nuestro criterio, que la norma con rango de ley puede ser emanada de las Cortes Generales (o del Gobierno en el caso del resto de normas), pero también de los equivalentes en las comunidades autónomas. Ello puede suscitar cierta controversia ya que la acción normativa con rango de ley de una comunidad autónoma puede desplazar la aplicación de una norma nacional como la LDC. Consideramos que en el sistema constitucional autonómico esta debe ser la interpretación de la exención legal del artículo 4 LDC. En un sistema político en que el poder está distribuido territorialmente y parte de las materias deben ser atendidas por las comunidades autónomas no podría ser aceptable que la exención legal derivase exclusivamente de una norma nacional. Obviamente, todo ello en el marco de la distribución de competencias que resulte de la Constitución y del correspondiente estatuto de autonomía donde deberá recogerse la competencia autonómica para regular la materia en cuestión. Si existe duda sobre la competencia autonómica para adoptar la norma con

[79] CASES PALLARES, Lluis, Derecho administrativo de la defensa de la competencia, Madrid, Marcial Pons, Ediciones jurídicas SA, 1994, p 398, ISBN: 84-7248-290-1.

rango de ley que desplaza la aplicación de la LDC consideramos que la vía no puede ser cuestionar la aplicación de la exención legal a la conducta que resulte de aplicación de la referida norma. La vía para cuestionar la norma con rango de ley autonómica ha ser la propia de las controversias constitucionales que son habituales y lógicas en nuestro sistema de distribución territorial del poder.

Y, en tercer lugar, hay que insistir en la intervención de la autoridad de competencia en el procedimiento legislativo de elaboración de leyes. El legislador, como se ha indicado, puede pretender aprobar una ley en función de las habilitaciones constitucionales y comunitarias y atendiendo a la defensa del interés general. Pero es imprescindible que conozca el impacto en la competencia que la ley puede implicar y la habilitación que está produciendo a conductas anticompetitivas y sus efectos. Y para ello, sin duda, la autoridad mejor posicionada para hacer este análisis es la CNMC. Obviamente, el legislador, respetando el marco constitucional y el impuesto por el derecho comunitario, adoptará la decisión final que considere más adecuada al interés público, pero como mínimo tendrá a su disposición un análisis detallado del impacto de la ley en la competencia. Creemos que hay que reiterar la importancia de esta función consultiva de la CNMC.

Aplica a conductas a las que resulta de aplicación la Ley de Defensa de la Competencia

Es importante señalar que la exención legal puede predicarse de conductas de operadores a las que resultan de aplicación las prohibiciones de los artículos 1, 2 y 3 de la LDC[80]. Evidentemente, ello nos lleva al concepto de operador económico respecto al que ha señalado el Tribunal Supremo

> "en el ámbito del derecho de la competencia opera un concepto amplio y funcional de empresa, de manera que lo relevante no es el estatus jurídico económico del sujeto que realiza la conducta sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente dañoso o restrictivo de la competencia en el mercado." [81]

[80] Se supera así la previsión de la Ley de 1989 que circunscribía la operativa de la exención legal a las infracciones por prácticas colusorias.

[81] Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, 3525/2016. Esta sentencia es importante ya que estima un recurso de casación contra la Sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012, recurso 626/201, que a su vez estimó un recurso contra la Resolución de la CNC de 6 de octubre de 2011 (expediente sancionador S/0167/09) productores de uva y vinos de Jerez. En esta resolución se resolvió:

"PRIMERO.- Declarar a, la Federación de Bodegas del Marco de Jerez (FEDEJEREZ); la Asociación de Artesanos del Jerez y la Manzanilla (ARJEMAN); AECOVI; la Asociación de Empresarios Viticultores de Cádiz (ASEVI-ASAJA); la Unión de Agricultores y Ganaderos de Andalucía (UAGA-COAG); el Consejo Regulador de las Denominaciones de Origen Jerez-Xérès-Sherry, Manzanilla de Sanlúcar de Barrameda y Vinagre de Jerez, y a la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía, responsables de una infracción del artículo 1 de la LDC y del artículo 101 del TFUE, por haber llevado a cabo una práctica concertada para fijar los precios de la uva y el mosto, contraria a dichos artículos, en el periodo que va desde abril del año 1991 hasta al menos, marzo de 2009"

Sobre esta Resolución puede verse en extenso, COSTAS COMESAÑA, Julio y HORTALÀ i VALLBE, Joaquim, La tipificación de la actividad de la administración como facilitadora de cárteles, Anuario de la Competencia 2013.

O, como ha señalado, la CNMC en la Resolución de 4 de octubre de 2024:

> "De acuerdo con reiterada jurisprudencia y con la disposición adicional cuarta de la LDC, el concepto de empresa en Derecho de la competencia comprende cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación."[82]

En consecuencia, en principio y con las importantes matizaciones que a continuación se señalarán, no podrá referirse la exención legal cuando se examinan actos administrativos o normas reglamentarias, en su diversa extensión. Es una cuestión previa. No aplicará la exención legal en tanto que no le resultará de aplicación la LDC.[83]

Pero no es una cuestión subjetiva por razón del sujeto que actúa, ya que como ha señalado el Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de noviembre de 2008:

> "Frente a tal exclusión parcial del sometimiento de la actuación de las Administraciones públicas al derecho de la competencia cuando actúan como tales administraciones públicas, hay que afirmar la plena sujeción de las mismas a dicha regulación, sin que pueda objetarse a ello la dicción literal del artículo 10 de la Ley de Defensa de la Competencia como argumenta el Tribunal de Defensa de la Competencia. En efecto, el que dicho precepto hable de agentes económicos no debe entenderse en el sentido de que sólo pueden ser sancionados de acuerdo con el mismo aquellos agentes sometidos al derecho privado y no al derecho administrativo, sino como una referencia a cualquier sujeto que actúe en el mercado, aun en los casos en los que las propias Administraciones públicas o los organismos y sociedades de ese carácter lo hagan sometidos en mayor o menor medida al derecho administrativo."[84]

La actuación administrativa en el ejercicio de potestades públicas en que no se ejerce una actividad de operador económico en el mercado no puede ser sometida al escrutinio de la

[82] Resolución CNMC de 4 de octubre de 2024, S/0001/21 Plataforma de subastas electrónicas. Y concluye sobre este indicando:

"Esta definición permite manejar un concepto amplio de empresa que será toda persona física o jurídica con independencia de su forma jurídica, ánimo o no de lucro, forma de financiación, naturaleza societaria e incluso carácter público o privado."

Como indicó ORTEGA BERNARDO, Julia, La aplicación de las normas de competencia a los gobiernos y administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local, en Información Comercial Española, Revista de Economia, nº 876, 2014, ISSN 0019-977X, ISSN-e 2340-8790, Para el Derecho de Defensa de la Competencia, "lo relevante no es el estatus jurídico del sujeto que realiza la conducta, sino que su conducta haya causado o sea apta para causar un resultado económicamente perjudicial o restrictivo de la competencia en el mercado".

[83] Como señaló la CNMC en la Resolución de 12 de enero de 2016, (Expte. S7DC/0523/14, SAS):

"La Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo en sus varios pronunciamientos entienden que "para declarar que una autoridad pública es responsable de una infracción de las normas de competencia, hay que dilucidar prima facie si su actuación se corresponde con el ejercicio de sus potestades públicas como órgano administrativo o, por el contrario, se corresponde con una actividad propia de un operador económico"

[84] Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008, 6610/2008.

exención legal. Cuando la administración pública ejerce potestades públicas de regulación no está actuando como un operador de mercado y por tanto no se le aplicarán las prohibiciones de la LDC[85]. Ello implica que no entra en juego la exención legal del artículo 4 LDC.

En este sentido, puede verse como ejemplo la Resolución de la CNC de 9 de octubre de 2008 que versaba sobre una denuncia por determinadas actuaciones de la Agencia Española del Medicamento y Productos Sanitarios. Tras revisar el marco normativo en que opera esta Agencia, consideró la autoridad de competencia que:

> "Establecido el estatuto y las funciones de la AEMPS y una vez realizado el análisis de los hechos denunciados, este Consejo deduce que todos ellos se inscriben en la lógica de las actuaciones de una agencia pública que vela por el interés general y actúa en el ámbito del derecho administrativo, ya sea cuando decide no otorgar un certificado para la expedición de vacunas, porque no concurren ciertas características o cuando inmoviliza la comercialización de un medicamento de uso animal, porque considera que puede ser perjudicial su uso. Lo mismo cabría decir cuando toma decisiones relativas a la composición de sus órganos o comités que tienen que decidir sobre esos mismos asuntos. Es decir, como señala la DI, en esos casos la AEMPS no actúa como operador económico." [86]

Por ello, concluye la autoridad indicando que:

> "En el caso que nos ocupa no cabe sino reiterar esta doctrina, especialmente porque se trata de una agencia pública que en ningún caso actúa como operador económico cuando toma decisiones como las denunciadas, siempre al amparo de una Ley que la habilita como administración pública para dictar actos administrativos que tienen como finalidad salvaguardar el interés general."[87]

---

[85] Sobre ello puede ser de interés atender a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio 2013, 3139/2013:

> "Para resolver si, por encima o por debajo de las apariencias, una determinada actuación de una Administración pública se inserta en el ámbito de los actos de imperium (esto es, en el marco de sus prerrogativas de poder), resulta sin duda pertinente el hecho de que aquella Administración intervenga también, de modo simultáneo, como operador económico -aunque lo haga bajo una determinada fórmula de personificación instrumental- en el correspondiente mercado liberalizado de servicios, abierto a la concurrencia. "

[86] Resolución CNC de 9 de octubre de 2008, Expte. s/0023/07, BIOVET.

[87] La misma Resolución refiere anteriores pronunciamientos con este mismo criterio:

> En este sentido, el Tribunal de Defensa de la Competencia produjo una constante doctrina al respecto, expresada en diferentes Resoluciones como la de 28 de julio de 1994 (Expte. 339/93, COAM), la de 4 de marzo de 1994 (Expte. r 71/94, Farmacias de Canarias) o la de 17 de enero de 1995 (Expte. R 99/94, Ayuntamiento de Sabadell), en las que, en general, afirma su falta de competencias para revisar la actividad administrativa de organismos públicos que no actúan como operadores económicos. Más concretamente, en la Resolución r 363/99, CSt-D.G.Aviación Civil, en su Fundamento de Derecho Primero, el Tribunal entendió que "la revisión de la adecuación de los actos administrativos a las leyes en que se fundamentan corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa".
>
> En este mismo sentido puede verse la Resolución de la CNMC de 19 de diciembre de 2019 en un asunto en que se cuestionaba la actuación de la Agencia Estatal de Administración Tributaria:

Al contrario, cuando la administración pública actúa en el mercado en tanto que operador económico[88] le serán plenamente de aplicación las prohibiciones de la LDC y por tanto deberá verse si las conductas cuestionadas derivan de la aplicación de una ley para que opere la exención legal[89] [90]. Como ha señalado la Audiencia Nacional en la Sentencia de 26 de marzo de 2018:

> "Podemos afirmar en un primer momento, que la Administración Pública, actuando como tal, no se encuentra sometida al principio de libre competencia - y ello dada la habilitación legal de las potestades actuadas y la posición de Derecho Público que ocupa -, pero otra cosa es cuando actúa sometida a Derecho Privado, como sujeto de Derecho privado, y al margen de la habilitación legal de potestades. Este supuesto se nos plantea, cuando la Administración ejerce funciones que no le son propias como ente de Derecho Público re-

"De la documentación que obra en el expediente, no se derivan indicios de vulneración del derecho de la competencia en el presente caso. De una parte, el acuerdo de denegación de 16 de octubre no puede considerarse un acuerdo colusorio prohibido, ya que se trata de un acto unilateral de la AEAT, por lo que no existe el elemento de multilateralidad o, al menos, bilateralidad que requiere el tipo previsto en el citado precepto para una concordancia de voluntades anticompetitiva; tampoco esta decisión de la AEAT puede considerarse una actuación material facilitadora o instigadora de un acuerdo colusorio. Igualmente, al actuar la AEAT en ejercicio de sus propias competencias como autoridad encargada de otorgar la autorización para el depósito fiscal de hidrocarburos, y no ser operador económico en el mercado afectado ni detentar una posición de dominio en el mismo, no se observan tampoco indicios de la posible existencia de conductas prohibidas por los artículos 2 y 3 de la LDC. De acuerdo con todo ello, esta Sala considera que no se dan los requisitos previos necesarios para que el artículo 4.2 pueda ser de aplicación en el presente caso."

Resolución de 19 de diciembre de 2018, Expte. S/DC/018/19, GN Fuel Tank. Puede verse también la Resolución de la CNMC de 12 de enero de 2016, (Expte. S/DC/0523/14, SAS) en que se cuestionaba la actuación del Ministerio de Sanidad. O la Resolución de la CNMC de 6 de febrero de 2014 (expediente S/0420/12 AENA 2) en que se cuestionaba la actuación de AENA Aeropuertos SA sociedad mercantil estatal constituida mediante acuerdo del Consejo de ministros de 25 de febrero de 2011.

[88] Evidentemente la LDC aplica con plenitud a las empresas públicas. A título de ejemplo puede verse la Resolución CNMC de 18 de febrero de 2022, S/0041/19, Correos 3.

[89] Puede verse la Sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de febrero de 2003 en que se analiza la aplicación de la LDC a un ente público

"Del tenor del párrafo segundo el Art. 2.1 de la Ley , se despeja cualquier duda sobre si las Administraciones Públicas, pueden ser sujetos de las prohibiciones establecidas en el Art. 1 en sentido afirmativo, por tanto es irrelevante a los efectos que nos ocupan, que el IMET no sea un agente económico, sino un organismo autónomo de carácter administrativo, con personalidad jurídica propia creado al amparo del Art. 85.3 de la Ley 7/85 reguladora de las Bases del Régimen Local y del Art. 15.3 de la Ley Catalana 7/1.987."

[90] Una cuestión distinta a la aplicación de la LDC a la administración pública es la actuación de ésta ya no como participante de la conducta sino generando una confianza en los intervinientes. Quizá el asunto donde se percibe con mayor claridad esta cuestión es la Resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2021, Expediente S/DC/0627/18, Consultoras en que se analiza esta tipología de asuntos y la cuestión de la confianza legítima que ha generado la actuación administrativa:

"La mayoría de las empresas han alegado que el papel de la Administración como impulsor de las conductas habría permitido excluir la responsabilidad de las empresas en la comisión de la infracción. Consideran que la participación de la Administración les habría generado la confianza suficiente para entender que con su actuación no se estaban transgrediendo las normas de defensa de la competencia."

En este mismo sentido, Resolución 11 de julio de 2019, Expte. S/0425/12 Industrias Lácteas 2.

vestido de imperio, esto es, cuando actúa al margen de la habilitación legal de potestades exorbitantes para el cumplimiento de sus fines."[91]

Este deslinde ya lo apuntó CERDA MARTINEZ-PUJALTE, indicado que "en tal sentido, según jurisprudencia comunitaria consolidada, debe distinguirse, entre el supuesto en que el Estado actúa ejerciendo la autoridad pública y el caso en que actúa ejerciendo actividades económicas de carácter industrial o comercial consistentes en ofrecer bienes y servicios en el mercado. De tal manera que, siendo el objeto del derecho de la competencia las actividades económicas de los operadores en el mercado, cuando la actividad del organismo se vincula al ejercicio de prerrogativas típicas del poder público, la misma queda exonerada de la aplicación de las prohibiciones de competencia, aunque por la misma se perciba una remuneración. Ahora bien, cuando ejerza actividades económicas, ya sea a través de una entidad distinta o empresa pública o directamente, a través de un órgano que forme parte de la administración del estado, su actuación puede ser tipificada como infracción de competencia a todos los efectos"[92].

En esta línea de considerar la no aplicación de la LDC en los casos en que la administración pública no desarrolla una actividad económica en el mercado puede verse la sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de julio de 2013:

"Por lo tanto la delimitación del ámbito subjetivo de aplicación de las normas de defensa de la competencia no depende de la naturaleza jurídica del sujeto infractor sino del contenido de la actividad realizada, que debe ser una actividad económica en el mercado. Descartado por la propia CNC que en este caso se realice una actividad económica en el mercado, no está sujeta entonces dicha actividad realizada por el sujeto sancionado a la aplicación de las normas sobre la competencia del Tratado FUE al tratase de una actividad que por su objeto es ajena a la esfera de los intercambios económicos."[93]

Pero el análisis, no es tan simple y debe ser matizado por la práctica administrativa. No siempre se puede sostenerse la afirmación de que la aparición, mención o referencia de una potestad pública provoca de forma automática la no aplicación de la normativa de defensa de la competencia[94]. Como ha indicado el Tribunal Supremo en la sentencia de 18 de julio de 2016:

"no siempre resulta sencillo determinar si una Administración está actuando, o no, en el ejercicio de potestades públicas. Sobre todo, si, como sucede en el caso que examinamos, su actuación no se exterioriza en actos formales, realizados a través del procedimiento

[91] Sentencia de la Audiencia Nacional de 26 de marzo de 2018, 974/2018. En estos mismos términos se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008, 6610/2008.

[92] CERDA MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen M., La administración pública como infractora de las normas de competencia: ¿Aplicación extensiva o racional?, Anuario de la Competencia 2019.

[93] Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2013, 3472/2013.

[94] Como ha señalado ORTEGA BERNARDO, Julia, La aplicación de las normas de competencia a los gobiernos y administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local, en Información Comercial Española, Revista de Economia, nº 876, 2014, ISSN 0019-977X, ISSN-e 2340-8790, "en el ejercicio de sus funciones los órganos de defensa de la competencia, la CNC y los órganos autonómicos pueden sancionar a las organizaciones jurídico-públicas locales, por incurrir en prácticas prohibidas por el Derecho de la competencia, bien cuando actúen como operadores económicos, bien cuando ejerzan poder público, en la medida en que se produzcan restricciones a la libre competencia y las mismas no se encuentren amparadas en una ley".

establecido en las normas, sino que se plasma en actuaciones materiales, más o menos difusas, cuya impugnación en vía jurisdiccional conforme a lo previsto en el citado artículo 12.3 de la Ley 15/2007 resultaría escasamente viable"[95]

En este sentido, puede verse la Resolución de la CNC de 16 de septiembre de 2013 en que se afirma:

"En estas actuaciones la APV no estaba actuando en su calidad de administración pública, sino como un agente de los mercados que confluyen en la actividad portuaria, porque no olvidemos que si bien la APV puede en ciertos aspectos considerarse una autoridad administrativa (en la concesión y regulación de las actividades del puerto que le atribuye la Ley y la normativa vigente), es también un operador económico que como gestor compite con otros puertos para la atracción de los fletes y en la prestación de los distintos servicios portuarios."[96]

De ello resulta que la simple referencia al ejercicio de potestades administrativas no excluye de forma automática la aplicación de la LDC. Como ha indicado la CNMC en su Resolución de 4 de octubre de 2024:

"De esta forma, independientemente de la publicidad que hace el CGPE de su servicio de subasta y venta directa como servicio público (cuestión que se valorará jurídicamente infra en la sección 5.4.3), la actuación en este ámbito del CGPE y de los colegios de procuradores es una actividad económica ya que supone ofrecer bienes y servicios en el mercado."[97]

Por ello, el análisis no debe centrarse en la naturaleza jurídica de la actuación administrativa y si la misma queda sujeta o no al derecho administrativo[98]. Atendamos en este sentido a la Resolución del TDC de 29 de marzo de 2000 en que se consideró que un ente metropolitano de Barcelona con competencia en el sector del taxi había infringido la LDC[99]. Es importante

---

[95] Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, recurso 2946/2013. La misma Sentencia indica:

"Siendo ello así, es indudable -la propia sentencia recurrida lo admite y no ha sido cuestionado en casación- que en el caso que nos ocupa la actuación de la Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía desempeñó un papel relevante en la distorsión del mercado y la perturbación de la competencia; todo ello en los términos que describe la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia, que atribuye a la Administración autonómica "...un papel activo en la organización y vigilancia de la adecuada ejecución del acuerdo de fijación de precios de la uva y mosto de Jerez entre determinados productores y bodegueros...". Por tanto, debe considerarse ajustada a derecho la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que declara a la citada Consejería de la Junta de Andalucía responsable de una conducta infractora del artículo 1 de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia."

[96] Resolución CNC de 26 de septiembre de 2014, (Expte. S/314/10 Puerto de Valencia).

[97] Resolución CNMC de 4 de octubre de 2024, S/0001/21 Plataforma de subastas electrónicas.

[98] Como han señalado COSTAS y HORTALA, "las prohibiciones de conductas anticompetitivas se aplican con normalidad a las conductas de la Administración que supongan el ejercicio de una actividad económica, incluso cuando esa actividad adopta la forma de actuación sujeta al Derecho administrativo, así como cuando se realiza al margen de la habilitación legal para el cumplimiento de sus fines públicos, pues lo relevante es que se trata de una actividad que se desarrolla en el mercado." COSTAS COMESAÑA, Julio y HORTALÀ i VALLBE, Joaquim, La tipificación de la actividad de la administración como facilitadora de carteles, Anuario de la Competencia 2013.

[99] Resolución del TDC de 29 de marzo de 2000 (Expte. 452/99, Taxis Barcelona). Esta resolución fue confirmada por sentencia de la Audiencia Nacional de 12 de febrero de 2003. Sobre esta resolución puede verse ÁLVAREZ-PALACIOS ARRIGHI, GABRIELA (2000) "Aplicación de las normas sobre competencia al servicio de taxis

que la autoridad de competencia entra a valorar la actuación del ente administrativo para advertir que carece de potestad pública:

> "En relación con este extremo hay que tener en cuenta que, en efecto, el IMET tiene competencias para contingentar las licencias de autotaxis en el momento de su concesión y puede limitar la concesión de aquéllas que trabajan a doble turno, en cuyo caso contaría con el amparo legal del art. 2 LDC. Por el contrario, no existe ninguna normativa que habilite a dicho Organismo a contingentar las licencias de autotaxis que trabajen a doble turno entre las existentes en un momento determinado."

En esta línea de interpretación puede verse como exponente de esta situación la Resolución de la CNC de 14 de abril de 2009 en que la autoridad de competencia analiza las competencias públicas en presencia y como a su entender la actuación enjuiciada no es adecuada a las normas de competencia ni deriva de un imperativo normativo:

> "Es decir, a juicio de este Consejo, la facultad de realizar la "ordenación" de las farmacias teniendo en cuenta el criterio de "planificación general" de las oficinas de farmacia que concede el actual art. 84 de la Ley 29/2006 (anteriormente art. 88 de la Ley 25/1990) ampara el establecimiento de barreras de entrada al mercado de suministro de medicamentos a la población en general a través de oficinas de farmacia, pero en modo alguno permite a la autoridad sanitaria responsable de la prestación pública farmacéutica a residentes en centros socio sanitarios, alcanzar acuerdos con la representación corporativa de las farmacias ya instaladas en el mercado, que tengan por objeto (o efecto) el reparto de este concreto mercado de suministro directo de la prestación farmacéutica a centros socio sanitarios entre las farmacias que, pudiendo conforme a las normas del turno, quieran entrar a formar parte del mismo" [100]

Obviamente, ello no implica que la autoridad de competencia pueda determinar la nulidad de la actuación administrativa, ya que esta función queda reserva en nuestro ordenamien-

(Resolución del TDC de 29 de marzo de 2000, expediente 452/99, Taxis de Barcelona" Anuario de la Competencia 2000. PADROS REIG, C. "Taxi-cab regulation in Spain: an example of Hamletian dilemma" European Transport Law. Vol. XLI, nº 2 2006.

[100] Resolución de 14 de abril de 2009 de la CNC, Expte. 639/08 Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha. Confirmada en sentencia de la Audiencia Nacional de 6 de junio de 2012. Sobre esta Resolución puede verse, GUILLÉN CARAMES, Javier, Alcance de las actuaciones restrictivas de la competencia realizadas por las Administraciones Públicas. ¿Qué medidas de reacción tiene el derecho de competencia frente a las mismas? (A propósito de la resolución Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha, Expte 639/08, en Regulación y competencia: en busca de efectos no deseados, ACCO, 2012, ISBN 9788439390589.

O como señala también la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de enero de 2010 (158/2010) en que cuestiona un convenio suscrito entre un Ayuntamiento y una asociación de empresarios de ferias:

"No se trata, en este caso, de si el convenio entre el Ayuntamiento y la Asociación recurrente se llevó a cabo o no con sujeción a las normas reguladoras de la contratación administrativa por los Ayuntamientos, lo que no está en modo alguno probado en el expediente, en el que por cierto el SDC pone de manifiesto que se trata de una adjudicación en exclusiva sin mediar concurso, sino que tal cuestión es ajena al presente recurso, en el que se considera por la Resolución impugnada que las normas de la competencia son aplicables a la actividad de ferias que se desarrollan en los municipios, y que un convenio como el examinado entre el Ayuntamiento y la Asociación de Industriales Feriantes está sujeto a las normas de la LDC."

to jurídico al orden judicial contencioso administrativo. Pero la autoridad administrativa de competencia sí es capaz de enjuiciar esa actuación administrativa y dilucidar que infringe la normativa de competencia y en su caso imponer la correspondiente sanción. Es decir, no puede expulsar del ordenamiento jurídico esa actuación administrativa, aunque si considerarla no ajustada a las normas de competencia e imponer una sanción a la administración infractora[101]. Ya en 1996 el TDC se pronunciaba sobre esta cuestión refiriendo que:

> "El Tribunal ha mantenido en numerosas ocasiones que no es el órgano de revisión de normas y actos administrativos, pero sí es el competente -el único órgano administrativo competente- para determinar si una práctica presente en el mercado es restrictiva de la competencia, si puede ser calificada como un acuerdo en los términos del artículo 1 de la LDC y si, en caso afirmativo, goza de la excepción de su artículo 2. No se trata de que el Tribunal vaya a sustituir a los órganos jurisdiccionales de lo contencioso en la revisión de la actuación administrativa, sino de ejercer sus competencias, que son irrenunciables, consistentes en la adopción de resoluciones relativas a las conductas anticompetitivas en el mercado en aplicación de las normas nacionales y comunitarias de Defensa de la Competencia que pueden ser, naturalmente, objeto de control jurisdiccional precisamente por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. No hay riesgo, por tanto, de que, acudiendo a los órganos de Defensa de la Competencia para combatir una conducta restrictiva de la competencia en aplicación de la LDC, un denunciante pueda sustraer de los tribunales contencioso-administrativos el juicio sobre la actuación de uno o varios órganos administrativos en los extremos para los que dichos tribunales son competentes"[102]

Y en un asunto parecido se ha pronunciado el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de marzo de 2015 en el sentido de considerar aplicable la normativa de competencia a la autoridad administrativa cuestionada. Evidentemente la administración consideraba que el convenio cuestionado, suscrito por el departamento de salud de una comunidad autónoma y un colegio profesional de farmacéuticos, derivaba del ejercicio de sus funciones públicas y por tanto no podía ser analizado desde la óptica del derecho de la competencia. El Tribunal Supremo rechaza este planteamiento e indica:

> "La sentencia recurrida -lo mismo que la resolución de la Comisión Nacional de la Competencia que en ella se confirma- no ignora, ni desde luego cuestiona, las competencias de la Administración autonómica de Castilla y La Mancha en relación con la regulación y gestión del servicio público sanitario. Lo que hacen la resolución administrativa y la sentencia es, sencillamente, salir al paso de una conducta que, aunque se dice llevada a cabo en el ejercicio de aquellas competencias, resulta vulneradora del derecho de la competencia. En fin, como hemos visto al examinar el motivo de casación formulado por el Consejo de Colegios Oficiales de Farmacéuticos de Castilla La Mancha, el hecho de que la conducta infractora

[101] Resulta interesante el cuestionamiento desde el derecho de la competencia de esta opción que plantea CERDA MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen M., La administración pública como infractora de las normas de competencia: ¿Aplicación extensiva o racional?, Anuario de la Competencia 2019. Sirva a modo de introducción, "A nuestro entender, las anteriores consideraciones suponen un salto cualitativo en la interpretación del ámbito subjetivo de aplicación de las infracciones de competencia que irían en contra del fundamento y finalidad propios del derecho de la competencia, sobre las que merece la pena llamar la atención."

[102] Resolución del TDC de 30 de abril de 1996 (Expte. R 148/96, TRAGSA).

se haya realizado invocando el ejercicio de una competencia legalmente atribuida no determina por sí mismo que se deba operar una cláusula del artículo 4.1 de la Ley 15/2007"[103]

Obviamente, no en todos los asuntos se alcanza esta conclusión. En algunos expedientes la autoridad de competencia analiza la actuación administrativa y concluye que se ha desarrollado de conformidad con la normativa de aplicación para considerar que no procede la aplicación de la LDC. Puede verse en este sentido, la Resolución de la CNMC de 28 de junio de 2021:

"En cualquier caso, no se constata la existencia de una conducta que pudiera resultar sancionable en aplicación de la LDC, al no apreciar un empleo inadecuado de las competencias y potestades atribuidas a la DGECC en los hechos denunciados. Por tanto, la decisión cuestionada es un acto administrativo formalmente adoptado por la DGECC en el ejercicio de sus competencias, por lo que, en este caso, el mecanismo adecuado de actuación sería, en todo caso, la eventual impugnación del acto formalmente adoptado ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa"[104]

Por tanto, no procederá una exclusión automática de la aplicación de la LDC en casos en que opere una administración pública[105], aunque sea en formal ejercicio de potestades públicas. Evidentemente, habrá que estar a la posible reacción judicial a la que nos referimos más adelante, pero como ha señalado el Tribunal Supremo

"la capacidad de reacción de las autoridades de defensa de la competencia no puede quedar reducida a esa vía impugnatoria; sobre todo cuando se trata de actuaciones materiales como las que describe la resolución de la Comisión en el caso que estamos examinando"[106]

Deberá atenderse a la realidad de la actuación administrativa para considerar que le resulta de aplicación la LDC y en su caso deberá verse si tal conducta puede quedar cubierta por la exención legal del artículo 4 LDC

[103] Recurso de casación 283/2009. En la misma fecha el Tribunal Supremo resolvió otros recursos refiriendo lo explicado en la sentencia indicada. Sobre este conjunto de casos y los pronunciamientos iniciales de la autoridad de competencia puede verse BERENGUER FUSTER, Luis y BACHES OPI, Sergio, Actividad administrativa, libre competencia y unidad de mercado, Anuario de la Competencia, 2016. Sobre estos casos puede verse también PADROS, Carlos, La presencia de la administración pública en carteles privados: la regulación administrativa-colusoria, Revista General de Derecho Administrativo 32 (2013).

[104] Resolución CNMC de 29 de junio de 2021, Epte. S7004/20, Sampor Energía SL. En este mismo sentido puede verse la Resolución de 28 de mayo de 2020, Expte. S/0643/18, Futuver Consulting en que se analiza la conducta del Colegio de Registradores de la propiedad y mercantiles de España y se afirma:

"Esta Sala considera que no cabe concluir que el desarrollo de EXPERIOR esté fuera de las funciones del COLEGIO."

[105] Como ejemplo evidente de ello pueden encontrarse numerosos expedientes en que se analiza y se cuestiona la actuación de colegios profesionales, administración corporativa. Sirva como ejemplo la Resolución de la CNMC de 1 de septiembre de 2015, (Expte. S/0491/13 Colegio Abogados de Guadalajara) en que se cuestiona el Reglamento del turno de oficio, asistencia al detenido o preso y derecho a la justicia gratuita del Iltre. Colegio de Abogados de Guadalajara.

[106] Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, recurso 2946/2013.

En todo caso, en los casos en que la conducta no puede ser revisada desde la perspectiva de las prohibiciones de la LDC ello no implica que no puedan ser cuestionadas desde la óptica del derecho de defensa de la competencia. En este sentido, es importante señalar la legitimación expresa de la CNMC[107] para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo[108] y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados[109].

Los términos "conductas que resulten de la aplicación de una Ley"

Examinados los anteriores aspectos debemos atender a la cuestión clave que es la interpretación del artículo 4 LDC cuando dispone que las prohibiciones establecidas en la misma no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley. Como ha indicado el Tribunal Supremo (la referencia es el precepto de la Ley 16/1989, pero que es extrapolable por ser muy similar al vigente):

> "dicho precepto se refiere a la exclusión de la antijuridicidad objetiva del hecho, en principio ilícito, al quedar afectada por una causa de justificación suficiente (la cobertura directa de otra ley)."[110]

La interpretación de estos términos, "conductas que resultan de la aplicación de una ley", es la cuestión clave. Compartimos el criterio de que este precepto debe ser objeto de una inter-

[107] Artículo 5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Sobre el tema puede verse MARCOS, Francisco, Reacción de las autoridades de competencia españolas frente a las restricciones injustificadas de la libre competencia, Anuario de la Competencia 2018.

[108] La actuación de la CNMC en el ejercicio de esta competencia puede verse en https://www.cnmc.es/impulsamos-la-competencia/mejoramos-la-regulacion/impugnaciones/impugnaciones-del-articulo-5-4-de-la-ley-de-creacion-de-la-cnmc

[109] La misma legitimación se atribuye a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en el artículo 13.2 de la LDC:

Sin perjuicio de las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas están legitimados para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas autonómicas o locales de su territorio sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

[110] Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de junio 2013, 3139/2013. Como ha indicado SOLERNOU SANZ, Stella, Conductas exentas por ley, conductas de menor importancia y declaraciones de inaplicabilidad, en CARBAJO GASCON, Fernando (Coord) Manual práctico de Derecho de la Competencia, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2026, ISBN 979-13-7021-149-3: "La exención legal prevista en el art. 4 LDC implica el levantamiento de la prohibición de una conducta cuyo carácter restrictivo de la competencia se reconoce abiertamente. Por tanto, la naturaleza jurídica de esta disposición es constitutiva y no meramente declarativa. Otorgarle un efecto constitutivo significa reconocer que las conductas contempladas por la ley son materialmente restrictivas de la competencia; no obstante, se permiten. Supone una derogación, pasa casos concretos, del régimen jurídico general y conlleva la cesación de la prohibición".

pretación restrictiva en la medida que implica el desplazamiento de la LDC.[111] En este sentido, se pronunció ya el TDC en 2003 en su Resolución de 20 de junio.

> "De todo cuanto anteriormente ha quedado expuesto se deduce que la interpretación de los supuestos de amparo legal ha de ser estricta, e incluso restrictiva, pues solamente han de considerarse incluidos en la figura aquellas conductas que respondan a una voluntad explícita del legislador"[112]

En el encaje de la exención legal en el ordenamiento jurídico, que se ha explicitado anteriormente, es necesario requerir que el legislador que está desplazando la aplicación de las normas de defensa de la competencia exprese una voluntad de regular la materia habilitando a los operadores económicos a incurrir en conductas prohibidas por la LDC. Entre las diversas acepciones que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua nos ofrece del vocablo "resultar" es evidente que para la interpretación del artículo 4 de la LDC debemos optar por la segunda que indica que resultar es "dicho de una cosa: nacer, originarse o venir de otra"[113]. Esta, sin duda, ha de ser la relación entre la conducta y la ley. La conducta debe nacer, originarse o venir de la norma legal.

Es evidente que la opción óptima sería que el legislador explicitara de forma expresa la voluntad de que las conductas de los operadores económicos no se rijan por las normas de competencia en el ámbito concreto en que está interviniendo.

Un ejemplo claro de ello lo encontramos en la histórica Ley 27/1984, de 26 de julio, de reconversión y reindustrialización, en cuyo artículo 14 se disponía expresamente:

> "Quedarán excluidas de la prohibición contenida en el artículo 1, de la Ley 110/1963, de 20 de julio, las prácticas que, sin dar a los partícipes la posibilidad de excluir la competencia en precios, sean necesarias para la consecución de los objetivos perseguidos por la reconversión que se proyecta, y su duración no exceda de la fijada para la ejecución de esta última."[114]

Con este precepto el legislador fue claro. Optó por excluir la aplicación de las normas de competencia (salvo las relativas a precios) para dar plena operatividad a las medidas contenidas en la ley de reconversión industrial.

Pero es evidente que esta opción no es la común[115]. En la práctica totalidad de ocasiones el legislador adopta una regulación en una determinada materia sin hacer esta expresa men-

---

[111] BERENGUER FUSTER, Luis, Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, Anuario de la Competencia 1997.

[112] Resolución TDC de 20 de junio de 2003, Epte. 544/02, Colegio Notarial de Madrid.

[113] El resto de las acepciones del Diccionario de la RAE no encajan en este empleo: Dicho de una cosa: redundar; Dicho de una cosa: aparecer, manifestarse o comprobarse; Llegar a ser; Tener resultado; Resaltar o resurtir; Producir agrado o satisfacción.

[114] Aunque debe advertirse que el mismo artículo 14 en su apartado 2 establecía relativa cautela sobre esta exención al requerir declaración de los Ministerios de Economia y Hacienda e Industria y Energía:

> La necesidad de tales prácticas para la ejecución del plan de reconversión será declarada, en su caso y previa audiencia de los interesados, por los Ministerios de Economía y Hacienda e Industria y Energía

[115] Un ejemplo a nivel derecho de la Unión Europea de esta exclusión expresa de la aplicación de las normas de competencia lo encontramos en el artículo 41 del Reglamento 1379/2013 del Parlamento Europeo y del Con-

ción y deberá atenderse entonces a interpretarse si las conductas prohibidas que se detectan merecen la exención legal por resultar de la aplicación de una ley.

Una primera aproximación que se mantuvo por la autoridad de competencia consistía en habilitar la operativa de la exención legal en los casos en que la norma legal autoriza una determinada conducta. En este sentido puede verse la Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 7 de abril de 1997 en que se cuestionaba un acuerdo entre empresas aseguradoras y si el mismo era un coaseguro amparado por la Ley de contrato de seguro y por la Ley 21/1990, de 19 de diciembre, para adaptar el Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados[116]. Estimó el Tribunal que:

> "Siendo el coaseguro una modalidad de oferta de seguro amparado por la Ley 50/1980, de Regulación del Contrato de Seguro y por la Ley 21/1990, de adaptación al derecho español de la Directiva 88/357/CEE sobre la libertad de servicios en seguros distintos al de vida y

sejo de 11 de diciembre de 2013 que dispone con el título "Excepciones a la aplicación de las normas sobre competencia":

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 40 del presente Reglamento, el artículo 101, apartado 1, del TFUE no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas de las organizaciones de productores que afecten a la producción o venta de los productos de la pesca y de la acuicultura, o a la utilización de instalaciones comunes para el almacenamiento, tratamiento o transformación de los productos de la pesca y la acuicultura y que:

a) sean necesarios para alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 39 del TFUE,

b) no impliquen la obligación de cobrar precios idénticos,

c) no entrañen en modo alguno una compartimentación de los mercados dentro de la Unión,

d) no excluyan la competencia, y e) no eliminen la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión.

2. No obstante lo dispuesto en el artículo 40 del presente Reglamento, el artículo 101, apartado 1, del TFUE no se aplicará a los acuerdos, decisiones y prácticas de las organizaciones interprofesionales que:

a) sean necesarios para alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 39 del TFUE,

b) no impliquen la obligación de cobrar un precio establecido

c) no entrañen en modo alguno una compartimentación de los mercados dentro de la Unión,

d) no apliquen a terceros condiciones desiguales para transacciones equivalentes, que ocasionen a estos una desventaja competitiva,

e) no eliminen la competencia respecto de una parte sustancial de los productos en cuestión,

f) no creen otras restricciones a la competencia que no sean esenciales para lograr los objetivos de la PPC

[116] Resolución TDC de 7 de abril de 1997 (Expte. 388/96 Seguros Empresas Transportistas).

Se puede referir como ejemplo también de este criterio la Resolución del TDC de 13 julio de 1998 (Expte. R281/97, Universidad Politécnica de Valencia). El recurso interpuesto contra la misma fue desestimado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2002 en la que se afirma

"Al tratarse de una actividad realizada al amparo de una disposición de carácter legal, es innecesario examinar si estamos ante alguna de las prácticas prohibidas por el artículo 1 de la LDC, en virtud de lo dispuesto por el párrafo 1º del artículo 2 de la misma LDC.

de actualización de seguros privados, debe concluirse que tal práctica, en cuanto a la concertación que supone entre compañías aseguradoras, acorde con su propia naturaleza, es una conducta autorizada por la Ley de conformidad con cuanto determina el art. 2.1 LDC.

En similares términos puede verse la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2008 relativa a la pretendida aplicación de la exención legal por aplicación de la vigente en ese momento Ley de envases y residuos de envases[117] y la Resolución de la CNC de 17 de mayo de 2010[118].

En esta línea es remarcable la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010 que considera de aplicación la exención legal en la medida que la condición de exclusividad de determinados contratos estaba prevista en la ley sectorial[119]. La autoridad administrativa había considerado que la permisividad de tales previsiones contractuales en la norma legal no era suficiente para aplicar la exención legal. La autoridad después de analizar el régimen jurídico de aplicación fue contundente y en unos términos claros sobre la no exigencia de la conducta enjuiciada en la ley:

---

[117] Sentencia del Tribunal Supremo de 23 diciembre de 2008, Rec. 2038/2006. En que se afirma:

"Esta regulación se configura, efectivamente, como una excepción legal de las contempladas en el artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia, pero sólo el caso de un SIG que se constituya de conformidad con los términos previstos en los artículos 7 y siguientes de la Ley de Envases y Residuos de Envases e incurriera en las prohibiciones del artículo 1 de la propia Ley de Defensa de la Competencia. Tiene razón la Sala de instancia, por tanto, en excluir su aplicación al caso al no tratarse en el supuesto de autos de un SIG configurado de acuerdo con lo previsto en la Ley de Envases y Residuos de Envases, al no haber sido autorizado en la forma y con los requisitos previstos en la Ley (lo que sólo ocurriría en 2.005, muy posteriormente a la resolución sancionadora del Tribunal de Defensa de la Competencia). En modo alguno puede considerarse que la autorización prevista en la Ley de Envases y Residuos de Envases sea un mero trámite administrativo intrascendente para la aplicación de la previsión del artículo 2.1 de la Ley de Defensa de la Competencia , ya que los artículos 7 y 8 de la propia Ley de Envases y Residuos de Envases someten a los SIG a determinados límites y requisitos y al consiguiente control administrativo, todo lo cual resulta esencial para admitir que su constitución pueda catalogarse como un acuerdo "que resulte(n) de la aplicación de una ley" y, en consecuencia, que quede comprendido en la excepción del artículo citado de la Ley de Defensa de la Competencia.

[118] Resolución CNC de 17 de mayo de 2010 (Expte. S/0106/08, Almacenes Hierro). Se afirma

"La UAHE considera que la fijación de los recargos financieros mínimos del documento que contiene los extras mínimos a aplicar en el nuevo sistema de facturación aprobado en la Asamblea General de 11 de enero de 2008 sería una conducta exenta por aplicación del art. 4.1 de la LDC en relación con los artículos 5 y 7 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales, en la medida en que los recargos financieros fijados en ese documento "están en línea" con los que resultan de la aplicación de la Ley 3/2004, es decir, a los tipos de interés legal de demora vigentes durante el segundo semestre de 2007 y durante el año 2008. Este Consejo no cuestiona si los recargos financieros determinados por la UAHE son coincidentes o están más o menos en línea con el interés legal de demora que, conforme a la legislación citada, podría legítimamente reclamar individualmente el almacenista al cliente que se retrasa en el pago de la mercancía servida, sino el hecho de que una asociación de empresas haya determinado y recomendando el recargo financiero mínimo que sus asociados deben reclamar a los clientes, y siendo ésta la conducta imputada resulta evidente que no está amparada por la Ley 3/2004 y, en consecuencia, no resulta de aplicación la exención legal del art. 4.1 de la LDC."

[119] Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010, Rec. 5570/2007. Sobre esta sentencia puede verse GUTIERREZ, Alfonso y LORENTE, Fernando, La exención legal de la Ley de Defensa de la Competencia, Actualidad jurídica Uria Menendez, 28-2011.

> "El contrato no puede acogerse a la previsión de amparo legal establecida en el artículo 2 de la LDC dado que el artículo 47 de la Ley 34/1998 del sector de Hidrocarburos permite la firma de pactos de suministro en exclusiva entre operadores y comercializadores en el caso de que éstos sean agentes a comisión integrados en las redes de distribución de los primeros, pero no lo exige[120]."

Pero el Tribunal Supremo no admitió esta interpretación y en la referida Sentencia consideró:

> "El error de la Sala de instancia, en el que coincide con el Tribunal de Defensa de la Competencia, deriva de no advertir en sus debidos términos que aquellos contratos de exclusividad gozaban, en principio, de una autorización ex lege. El argumento empleado para rechazar la cobertura legal de esta figura contractual es muy débil…. Precisamente porque la Ley específica del sector de hidrocarburos permitía este tipo de pactos de exclusiva (sujetos a la condición de atender el reparto domiciliario, como contrapartida), la función del órgano administrativo encargado de defender la competencia no podía traducirse -como así viene a ocurrir- en negar la premisa misma que la Ley 34/1988 ya había fijado al regular el mercado de la distribución de gases licuados del petróleo y al autorizar de modo expreso los contratos de exclusividad….. Pues bien, si la Ley 34/1988 autorizaba de modo expreso y general, bajo la condición ya expuesta, este tipo de pactos de exclusiva, la Administración del Estado sujeta al cumplimiento de la Ley (en la que se integra el Tribunal de Defensa de la Competencia) no podía oponerse a la autorización singular de uno de ellos negando las mismas razones de principio que la propia Ley ya había valorado y considerado justificadas. Y la Sala de instancia no puede, por su parte, corroborar la conformidad a derecho de la decisión administrativa que así se pronuncia. No se ha discutido que los pactos objeto de la solicitud incorporaban el compromiso de respetar el deber de reparto domiciliario según los términos legales."

Por ello, considera el Tribunal Supremo en esta sentencia que:

> "Si la Ley misma permitía expresamente a «Repsol Butano, S.A.» establecer redes de distribución con agentes en exclusiva, sus contratos de esta naturaleza debían, en principio (a salvo la imposición de las condiciones que ya hemos reseñado) ser autorizados por el Tribunal de Defensa de la Competencia. La decisión contraria de este órgano administrativo, en los términos generales y de principio en que se formuló, no resultaba conforme a Derecho y no debió ser declarada como tal por el tribunal de instancia."

Según nuestro criterio una mera vinculación de la conducta con la norma legal no puede ser considerada como cobertura suficiente para la aplicación de la exención legal. "No toda conducta que se efectúe en aplicación de una Ley tiene *per se* la cobertura que dispone el artículo 4 LDC. La conducta restrictiva ha de resultar de la aplicación de la Ley"[121]. En este sentido, puede ser útil la reflexión del Tribunal Supremo en la sentencia de 4 de noviembre de 2008 al no equiparar la exención legal del artículo 4 con la habilitación legal que necesitan las administraciones públicas para actuar:

---

[120] Resolución TDC de 21 de mayo de 2004 (Expte. A 317/02, Comercialización GLP).

[121] CASES PALLARES, Lluis, Regulación y competencia. Límites y conexiones, en Derecho de la regulación económica. I Fundamentos e instituciones de la regulación, 2009, ISBN 978-84-9890-046-0, Iustel.

> Pues bien, ya hemos anticipado antes, al rechazar la argumentación de la Sala de instancia, que no puede equipararse esta cláusula de excepción con la necesaria habilitación legal para actuar que necesitan las Administraciones públicas o las entidades de cualquier tipo que se encuentren sujetas al derecho administrativo en todo o en parte de su actividad. Semejante interpretación supondría sin más una exclusión genérica de su sometimiento a la Ley de Defensa de la Competencia que choca con el carácter general de su regulación y que privaría de sentido a la propia previsión excepcional del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia"[122]

La interpretación de los términos ha evolucionado y la autoridad de competencia se ha pronunciado de forma precisa en la Resolución de 6 de octubre de 2011. La resolución indica que los términos de la exención legal requieren que con "meridiana claridad el legislador permita una práctica objetivamente anticompetitiva":

> "Es cierto que conforme al artículo 4 de la LDC, la normativa sancionadora de defensa de la competencia no será de aplicación a aquellas conductas que estén amparadas por la Ley. No obstante, este precepto debe ser interpretado en el sentido de que fuera de los supuestos en que con meridiana claridad el legislador permita una práctica objetivamente anticompetitiva, no cabe hablar de amparo legal a una conducta. O lo que es lo mismo, no resulta relevante que la actuación de una Administración esté genéricamente amparada por una norma con rango de ley, sino que es necesario que no exista ningún tipo de duda sobre que una actuación concreta, de carácter objetivamente anticompetitivo, está excluida. En estos casos, la CNC no podría apreciar la existencia de infracción ni, por lo tanto, sancionar ya que nos encontraríamos ante una conducta típica pero no antijurídica, en la medida en que no es contraria a Derecho" [123].

La interpretación no es pues meramente que la conducta esté autorizada o habilitada por una ley, sino que hay que analizar si el legislador ha pretendido "con meridiana claridad" dar cobertura a una práctica anticompetitiva. O como ha indicado la autoridad en otras resoluciones que la exención "resulte de la voluntad explícita del legislador"[124].

---

[122] Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008, 6610/2008.

[123] Resolución CNC de 6 de octubre de 2011, Expte. S/0167/09 Productores de Uva y Vinos de Jerez.

[124] Resolución TDC de 20 de junio de 2003, Expte. 544/02, Colegio Notarial de Madrid. Resulta de interés reproducir la aproximación que se realiza en esta Resolución:

> "Resulta preciso confrontar la conclusión anterior con el contenido de los acuerdos denunciados, para observar si están acogidos al amparo legal previsto en el artículo 2.1 LDC. Para ello es preciso realizar una serie de consideraciones previas acerca de este precepto. En primer lugar, resulta necesario recordar que el precepto incluido en el artículo 2.1 LDC contiene una excepción a la aplicación de la prohibición de ententes colusorias incluida en el artículo 1 de la misma Ley. En segundo lugar, se puede indicar que no solamente se trata de una excepción sino que se trata de una excepción que resulta indeseable para el legislador. Ello resulta del hecho cierto que supone el reconocimiento de que una norma tenga que recordar que algunos de sus preceptos no se aplican porque existe otra norma que así lo establece, de lo cual se traduce que el principio de una competencia libre que no quede afectada por acuerdos entre operadores económicos no rige porque existe una norma anticompetitiva que los órganos encargados de la defensa de la Competencia deben respetar. No es preciso insistir en este argumento porque de su propia formulación se deduce que, cuando se legisla pro-competencia, resulta poco grato recordar la existencia de normas anticompetitivas. Por ello, la propia norma limita el amparo legal a aquellos supuestos en los que la excepción a la aplicación resulte de la voluntad explícita del legislador"

En este sentido, puede verse que el Tribunal Supremo en la sentencia de 9 de marzo de 2015 expresa que la exención legal del artículo 4 exige

> "el artículo 4.1 de la Ley 15/2007 -como el anterior artículo 2.1 de la Ley 16/1989 - no pretende sustraer del ámbito de aplicación del Derecho de la Competencia cualquier conducta que se realice al amparo de una norma sino, únicamente, aquellas conductas a las que una Ley autorice con la específica finalidad -expresa o implícita- de excluirlas del ámbito de aplicación de las prohibiciones del artículo 1 de la propia Ley 15/2007"[125]

Compartimos el criterio establecido por el Tribunal Supremo relativo a que la previsión del artículo 4 LDC obliga a una norma con rango de ley que autorice una conducta que en caso contrario estaría prohibida por la LDC:

> "debe entenderse, por el contrario, como una previsión legal que autoriza a una conducta que, por sí misma, estaría incursa en las prohibiciones del artículo 1 de la Ley"[126]

En definitiva, esta interpretación nos lleva a insistir en que la norma legal tiene que imponer al operador la realización de la conducta que en caso contrario estaría prohibida por la LDC. "La relación entre competencia y regulación no es estática. Las normas de la competencia serán las rectoras del proceso competitivo en aquellos sectores o espacios de los mismos en que la regulación atribuye capacidad de decisión a los operadores económicos. Al contrario, cuando éstos actúan sin margen de maniobra en el senti9do fijado por la regulación económica las normas de la competencia serán desplazadas"[127]. Si el operador actúa en el marco de la norma legal no ha de tener opción para no incurrir en una práctica prohibida[128]. La norma legal no ha de dejar margen de decisión al operador. Si éste aplica la ley sectorial necesariamente debe estar incurriendo en alguna de las conductas prohibidas por la LDC, pero tiene la cobertura de la exención legal. En cambio, cuando la norma legal ofrece margen de decisión al operador y éste puede desarrollar bien una conducta prohibida o bien una conducta que no estaría prohibida si opta por la primera opción no debería tener la cobertura de la exención legal. Consideramos que esta debe ser la interpretación del artículo 4 de la LDC, cuando la ley no se pronuncia de forma expresa, para adecuar la exención legal a su encaje en el ordenamiento jurídico.

---

[125] Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2015, 800/2015. Indicación que se reitera en la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2016, recurso 2946/2013. Criterio que se repite por la CNMC en la Resolución de 22 de diciembre de 2016, (Expte. S/DC/0560/15 Colegio Abogados Guadalajara 2.

[126] Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 2008, 6610/2008. En este mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2005, 6543/2005.

[127] CASES PALLARES, Lluis, Regulación y competencia. Límites y conexiones,MUNOZ MACHADO, Santiago (Dir) en Derecho de la regulación económica. I Fundamentos e instituciones de la regulación, 2009, ISBN 978-84-9890-046-0, Iustel.

[128] En este sentido, MARCOS, Francisco, Artículo 4 Conductas exentas por ley, Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia, en MASSAGUER FUENTES, J. et AL (2020) Comentario a la ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Thomson Reuters-Civitas, 2024 7ª edición, 978-84-1162-941-6.

5. Conclusiones

El artículo 4 LDC permite que una norma legal desplace la aplicación de las prohibiciones que establecen sus artículos 1, 2 y 3. Esta previsión que denominamos exención legal tiene encaje en nuestro ordenamiento jurídico. Pero es necesario asegurar una adecuada delimitación ya que se está impidiendo la plena aplicación de las normas de competencia.

Este adecuado encaje exige mantener una interpretación del artículo 4 LDC en el sentido de que el legislador efectúe de manera claramente consciente el desplazamiento de la aplicación de las normas de competencia, obviamente siempre en el marco constitucional y el impuesto por las normas del derecho de la Unión Europea. Únicamente el legislador (nacional o autonómico en el marco de sus competencias) puede desplazar con una norma con rango de ley la plena aplicación de las prohibiciones del derecho de la competencia.

Para ello, la primera aproximación a la exención legal sería requerir que el legislador se pronuncie de forma expresa y declare que al aprobar la ley para regular aquello que pretende no han de ser de aplicación las normas de competencia. No hay nada más claro e inequívoco que un pronunciamiento expreso en este sentido. Creemos que con ello se solventarían todas las dudas interpretativas que hemos expuesto en la parte correspondiente de este artículo y además sería plenamente coherente con el encaje de la exención legal en el ordenamiento jurídico. No percibimos ninguna explicación o motivación de no plantear esta exigencia y que sea asumida.

En caso de no existir esta exclusión expresa resulta imprescindible requerir para la aplicación de la exención legal que la norma legal haya prescrito la conducta de los operadores económicos de forma que si no existiese estaría infringiendo las prohibiciones de la LDC. Es decir, que el legislador haya contemplado de forma expresa, nítida, indudable la conducta que los operadores económicos deben realizar y ello implica la no aplicación de la LDC. En cambio, cuando la normal legal deja margen de actuación a los operadores económicos y estos cumpliendo la ley pueden estar incursos o no en prohibiciones de la LDC entonces no debería ser de aplicación la exención legal del artículo 4 si incurre en las prohibiciones de la LDC.

Bibliografía

ÁLVAREZ-PALACIOS ARRIGHI, GABRIELA (2000) *"Aplicación de las normas sobre competencia al servicio de taxis* (Resolución del TDC de 29 de marzo de 2000, expediente 452/99, Taxis de Barcelona" *Anuario de la Competencia 2000*.

BERENGUER FUSTER, Luis, *Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia*, Anuario de la Competencia 1997.

BERENGUER FUSTER, Luis y BACHES OPI, Sergio, *Actividad administrativa, libre competencia y unidad de mercado*, Anuario de la Competencia, 2016.

CASES PALLARES, Lluis, *Derecho administrativo de la defensa de la competencia,* Madrid, Marcial Pons, Ediciones jurídicas SA, 1994, p 398, ISBN: 84-7248-290-1.

CASES PALLARES, Lluis, *Regulación y competencia. Límites y conexiones*, en MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Derecho de la regulación económica*. I Fundamentos e instituciones de la regulación, 2010, ISBN 978-84-9890-046-0, Iustel.

CERDA MARTÍNEZ-PUJALTE, Carmen M., *La administración pública como infractora de las normas de competencia: ¿Aplicación extensiva o racional?,* Anuario de la Competencia 2019.

COSTAS COMESAÑA, Julio y HORTALÀ i VALLBE, Joaquim, *La tipificación de la actividad de la administración como facilitadora de carteles*, Anuario de la Competencia 2013.

GUILLÉN CARAMES, Javier, *Alcance de las actuaciones restrictivas de la competencia realizadas por las Administraciones Públicas. ¿Qué medidas de reacción tiene el derecho de competencia frente a las mismas?* (A propósito de la resolución Colegio Farmacéuticos Castilla-La Mancha, Expte 639/08, en Regulación y competencia: en busca de efectos no deseados, ACCO, 2012, ISBN 9788439390589.

GUTIERREZ, Alfonso y LORENTE, Fernando, *La exención legal de la Ley de Defensa de la Competencia*, Actualidad jurídica Uria Menendez, 28-2011.

MARCOS, Francisco, *Reacción de las autoridades de competencia españolas frente a las restricciones injustificadas de la libre competencia*, Anuario de la Competencia 2018.

MARCOS, Francisco, Artículo 4 *Conductas exentas por ley*, en MASSAGUER FUENTES, J. et AL (2020) *Comentario a la ley de defensa de la competencia y a los preceptos sobre organización y procedimientos de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*. Thomson Reuters-Civitas, 2024 7ª edición, 978-84-1162-941-6.

ORTEGA BERNARDO, Julia, *La aplicación de las normas de competencia a los gobiernos y administraciones locales y sus excepciones al amparo de la legislación de régimen local*, en Información Comercial Española, Revista de Economia, nº 876, 2014, ISSN 0019-977X, ISSN-e 2340-8790

PADROS REIG, Carlos, *La presencia de la administración pública en carteles privados: la regulación administrativa-colusoria*, Revista General de Derecho Administrativo 32 (2013)

PADROS REIG, Carlos "*Taxi-cab regulation in Spain: an example of Hamletian dilemma*" European Transport Law. Vol. XLI, nº 2 2006

SOLANA, Gonzalo, *Administraciones públicas y defensa de la competencia*, Anuario de la Competencia 2000

SOLERNOU SANZ, Stella, *Conductas exenta por ley, conductas de menor importancia y declaraciones de inaplicabilidad*, en CARBAJO GASCON, Fernando (Coord) Manual práctico de Derecho de la Competencia, 2ª edición, Tirant lo Blanch, 2026, ISBN 979-13-7021-149-3

TORNOS MAS, Joaquin, *Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 208/1999 sobre la Ley de Defensa de la Competencia 16/1989*, Anuario de la Competencia 1999

35 años de control de concentraciones en España: balance y reflexión a futuro

Autora[129]:

Elena Zoido, Compass Lexecon

Resumen:

En este artículo analizo el desarrollo del control de concentraciones en España en las últimas décadas. Los avances normativos e institucionales han dado lugar a un sistema sólido y eficaz, que desincentiva las operaciones anticompetitivas. Las intervenciones, poco frecuentes, suelen producirse en respuesta al aumento de la concentración derivado de concentraciones entre competidores directos y se materializan casi siempre en la imposición de remedios, en muchos casos de carácter no estructural, pero de alcance notable.

Palabras clave:

política de competencia, concentraciones, remedios

Códigos JEL:

K21, L40, L41, L42, L43, O52

[129] Executive Vice President, Compass Lexecon. Agradezco su excelente contribución en la elaboración de este artículo a Carla Banfi, Naomi Berenguer, Raquel Díez, Noelia Saiz Contreras e Irache Vergara Ochoa. Además, hemos contado con el apoyo del equipo de Data Science de Compass Lexecon (en concreto, Abul Fazal, Karan Garg, Adelle Arbo y Hiranmayee Rajan) para la programación del código NLP y la extracción y preparación de la base de datos que sirve de base para gran parte del análisis. He actuado como perito en algunos de los casos tratados en este artículo. Las opiniones son de la autora y en ningún caso se pueden atribuir a Compass Lexecon ni a otros economistas empleados en Compass Lexecon.

1. Introducción.

El control de concentraciones es un ámbito de actuación relativamente reciente en la defensa de la competencia. De hecho, la Unión Europea (UE) no contó con un régimen de control directo de las concentraciones hasta la entrada en vigor del Reglamento 4064/89. Sin embargo, se trata quizá del área de la política de competencia que ha experimentado un desarrollo más intenso en las últimas décadas, tanto desde el punto de vista legislativo como institucional. Además, ocupa un lugar destacado en la investigación académica en economía aplicada y constituye un terreno privilegiado para la aplicación práctica de métodos económicos y empíricos al análisis jurídico y regulatorio.

España es un buen ejemplo del camino recorrido en este ámbito. La progresiva intensificación del control de las concentraciones se refleja en el aumento sostenido del número de operaciones notificadas a las autoridades de competencia. Así, en la década comprendida entre 1990 y 1999 se notificaron poco más de 200 operaciones al entonces Servicio de Defensa de la Competencia (SDC), lo que equivale a una media de aproximadamente 20 notificaciones anuales (SDC, 2006 pág. 14). Dos décadas más tarde, entre 2010 y 2019, el número de concentraciones notificadas ascendió a 862, con una media anual de 86 operaciones.[130] Este incremento no solo da cuenta de la creciente relevancia del control de concentraciones, sino que también ha generado un volumen significativo de decisiones administrativas que permite analizar de forma sistemática los patrones de intervención de la autoridad.

Esta edición del *Anuario de la Competencia* constituye una ocasión idónea para hacer balance de la actuación de las autoridades españolas en materia de control de concentraciones. Con este objetivo, el artículo combina un análisis descriptivo y empírico de las resoluciones adoptadas por la autoridad con una reflexión sobre los criterios que han guiado su intervención, así como sobre los factores que previsiblemente condicionarán su desarrollo futuro.

El artículo se organiza de la siguiente manera. En primer lugar, se presenta un repaso de la evolución del control de concentraciones en España desde 1990 (sección 2). A continuación, se analiza, a partir de la información contenida en las resoluciones y en las estadísticas oficiales, la frecuencia y los instrumentos de intervención desde la entrada en vigor de la Ley de Defensa de la Competencia de 2007, identificando los principales motivos de intervención y los factores compensatorios considerados por la autoridad (sección 3). Seguidamente, se examina la prevalencia de las distintas teorías del daño (sección 4) y se caracterizan los instrumentos a través de los cuales se articulan los remedios en las operaciones autorizadas (sección 5). Por último, el artículo concluye con una reflexión sobre algunos de los temas que previsiblemente tendrán una mayor influencia en el control de concentraciones en los próximos años, incluyendo las presiones a favor y en contra de un mayor grado de intervención, así como los retos derivados del desarrollo de los mercados digitales (sección 6).

[130] Informes y memorias anuales del SDC, la CNC y CNMC, varios años.

2. La evolución del control de concentraciones desde 1990 en España

El principal hito legislativo de las últimas tres décadas fue la entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), que sustituyó a Ley 16/1989, de 17 de julio, hasta entonces vigente.[131] No obstante, entre una y otra, el sistema español de control de concentraciones fue experimentando una evolución progresiva, tanto en el plano normativo como en el institucional.

En una primera fase, el Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril, introdujo por primera vez un régimen de notificación obligatorio de las operaciones de concentración. Posteriormente, el Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, reguló la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia. Este proceso de reforma institucional culminó con la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC).

Las reformas legislativas se reflejan con claridad en la evolución del número de concentraciones notificadas entre 1990 y 2024, que se muestra en el Gráfico 1.[132] Se distinguen tres etapas claramente diferenciadas.

El **primer punto de inflexión** se produjo con la aprobación del Real Decreto-ley 6/1999. Hasta ese momento, el número de concentraciones notificadas era reducido y su evolución apenas guardaba relación con el ciclo económico, reflejando en el gráfico mediante la tasa de variación del PIB. Esta pauta cambió con la introducción de un sistema de notificación obligatoria para las operaciones que superasen ciertos umbrales de cuota de mercado o de volumen de negocio.[133]

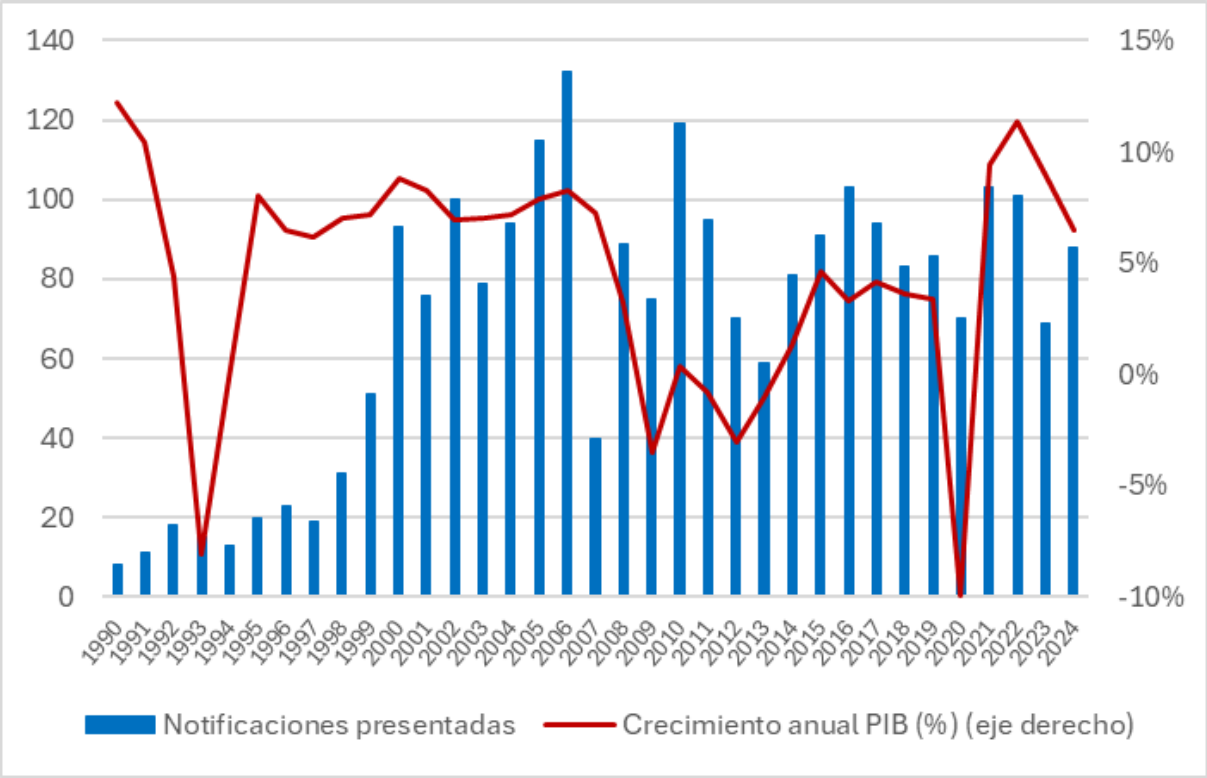
A partir de entonces y hasta 2006, el número de notificaciones siguió una tendencia ascendente, con la excepción de ligeros descensos en 2000 y 2003, hasta un máximo de 132 operaciones notificadas en 2006. Esta cifra contrasta con las apenas ocho notificaciones registradas en 1990, lo que ilustra el alcance de la reforma.

[131] Mediante el Real Decreto-ley 7/2021 de 27 de abril, el Consejo de Ministros reformó la LDC, en transposición de la Directiva ECN+. Las modificaciones no alteraron el régimen de control de concentraciones.

[132] He recopilado los datos sobre la actividad de las sucesivas autoridades de competencia nacionales en materia de control de concentraciones desde 1990. Cuento con información sobre las operaciones notificadas, y sobre el número de operaciones evaluadas en profundidad en segunda fase. Estos datos provienen de las memorias de actividad e informes anuales que han publicado en estos años tanto el SDC como, sucesivamente, la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) y la CNMC.

[133] La notificación pasa a ser obligatoria cuando se cumplan, alternativamente, alguno de los siguientes umbrales: (i) cuando se adquiera mediante la concentración más de un 25 por 100 de cuota del mercado nacional, o de un mercado geográfico o de producto definido, o (ii) cuando el volumen de ventas de todos los partícipes se eleve por encima de 40.000 millones de pesetas en el último ejercicio contable, y siempre que al menos dos de los intervinientes, individualmente, superen los 10.000 millones de volumen de ventas en España. Artículo 14 del Real Decreto-ley 6/1999, de 16 de abril.

Gráfico 1.
Concentraciones notificadas y crecimiento del PIB, 1990-2024



Fuente: Elaboración propia con (a) memorias e informes del SDC (1990-2006), (b) metadatos de la web de la CNMC (2007-2024) y (c) datos del Instituto Nacional de Estadística (1990-2024).

Estos datos ponen de manifiesto la repercusión de la implantación de la notificación obligatoria en 1999.

En primer lugar, se incrementó de forma inmediata el número de operaciones sometidas al escrutinio de la autoridad, ampliando su capacidad de influir sobre los mercados (precios, cuotas de mercado, innovación, etc.) y reforzando el papel del control de concentraciones como instrumento de política económica.

En segundo lugar, la introducción de umbrales de notificación basados en la facturación y en la cuota de mercado de las partes incorporó, de manera implícita, una priorización de los recursos administrativos. El objetivo es concentrar el esfuerzo en aquellas operaciones con mayor probabilidad de restringir la competencia, eximiendo de notificación a las concentraciones de empresas de menor entidad, cuya evaluación generaría costes innecesarios para las empresas y para la propia autoridad.

La introducción de un umbral de cuota de mercado, una opción muy poco frecuente en el ámbito europeo, es complementario a esta lógica.[134] Si bien este criterio aporta un indicador temprano sobre el posible impacto de la concentración sobre la competencia, también introduce complejidad, ya que exige una definición preliminar del mercado relevante incluso antes de la notificación. Por tanto, su inclusión proporciona una señal clara de la voluntad del legislador de evitar las concentraciones potencialmente anticompetitivas, incluso aquellas de empresas relativamente pequeñas, aun a costa de unos mayores costes de cumplimiento.

En tercer lugar, la notificación obligatoria y los costes que conlleva pueden servir para seleccionar las operaciones de concentración socialmente deseables, a través de su efecto sobre los incentivos de las partes. Así, Besanko y Spulber (1993) muestran que el coste fijo de la notificación opera, *de facto*, como un primer filtro de las transacciones anticompetitivas, ya que garantiza que, para una probabilidad dada de aprobación, solo se propongan aquellas con eficiencias suficientemente elevadas.[135]

El **segundo gran hito** legislativo de las tres últimas décadas es, por supuesto, la entrada en vigor de la LDC en 2007. Esta norma mantuvo el doble umbral de notificación ya vigente (volumen de negocio y cuota de mercado de las partes), aunque introdujo pequeños ajustes en los umbrales cuantitativos.[136] Desde entonces y hasta el cierre del ejercicio 2024, se notificaron 1.516 concentraciones.

Como muestra el Gráfico 1, en este periodo es llamativa la elevada correlación entre el número de operaciones notificadas cada año y la actividad económica, medida a través del crecimiento anual del PIB. Como es sabido, la actividad de fusiones y adquisiciones se intensifica en las fases de expansión del ciclo económico y se contrae en las recesiones (Andrade y Stafford, 2004). Que las notificaciones evolucionen en paralelo al ciclo económico indica que los umbrales previstos en la LDC permiten someter al control de las autoridades una muestra representativa de las operaciones realizadas, lo que favorece una aplicación eficaz de la normativa.

---

[134] Para un análisis comparativo de los umbrales de notificación, véase Delgado Ruiz-Gallardón (2019). Este artículo resalta que los umbrales de notificación en términos de facturación en España son relativamente laxos, y la complementariedad entre los dos criterios.

[135] La evidencia confirma la relevancia de este mecanismo. En particular, Wollmann (2019) muestra que el aumento en los umbrales de notificación en Estados Unidos dio lugar a una reducción tanto del número de notificaciones como del de investigaciones. Además, este estudio constata que dicho aumento se tradujo en un incremento de las concentraciones horizontales exentas de notificación.

[136] De acuerdo con el umbral de cuota de mercado, es obligatorio notificar operaciones en las que como consecuencia de la concentración se adquiere o se incrementa una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo. En cuanto al umbral de volumen de negocios, se obliga a notificar concentraciones en las que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supera en el último ejercicio contable la cantidad de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocios superior a 60 millones de euros. Quedan exentas todas aquellas concentraciones económicas en las que el volumen de negocios global en España de la sociedad adquirida o de los activos adquiridos en el último ejercicio contable no supere la cantidad de 10 millones de euros, siempre y cuando las partícipes no tengan una cuota individual o conjunta igual o superior al 50 por ciento en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

Además, hay indicios de que los cambios legislativos han influido en la naturaleza de las concentraciones que se producen y se notifican, en lo que respecta a la necesidad de su evaluación en profundidad en la segunda fase del procedimiento.[137] En efecto, como muestra el Gráfico 2, el número de operaciones que han requerido este análisis y el porcentaje que representan sobre el total ha variado en función de la evolución de los umbrales de notificación:

a. Durante la vigencia de la antigua LDC, se solicitó que el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) analizara el 17% de las concentraciones notificadas (el equivalente a la segunda fase actual). En 1992, por ejemplo, casi el 40% de las operaciones notificadas (7 de 18) requirió una evaluación en profundidad.

b. La introducción de la notificación obligatoria en 1999 dio lugar a un descenso progresivo de los expedientes remitidos a segunda fase, desde el 27,5% en 1999 hasta el 6,8% en 2006. En este periodo, y hasta la entrada en vigor de la LDC, se remitían a segunda fase entre cinco y catorce expedientes al año.

c. Desde la entrada en vigor de la LDC, el número de concentraciones remitidas a segunda fase se ha reducido y estabilizado. Solo alrededor de un 1,7% de las operaciones notificadas pasan a segunda fase (una o dos cada año, con un máximo de 5 concentraciones en 2009). En la última década, no se han superado los cuatro expedientes remitidos a segunda fase.

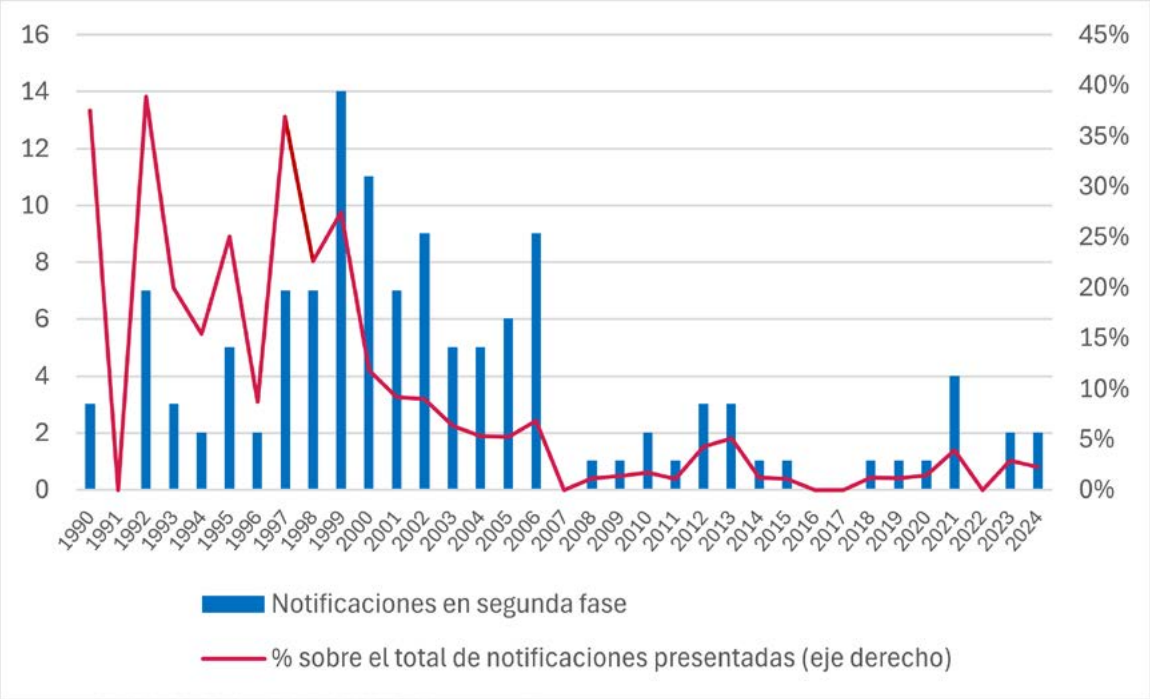
El mayor número de expedientes remitidos a segunda fase en el periodo 1999-2006, en comparación con el posterior a la entrada en vigor de la LDC indica que entonces se notificaban concentraciones con mayores efectos restrictivos. De hecho, solo entre 1999 y 2005 el TDC recomendó la prohibición de siete operaciones de concentración. Desde entonces, solo se ha prohibido una operación, en 2025.[138] Esta última decisión parece inscribirse en un cambio de mayor calado en la práctica de la CNMC: ese mismo año se inició una segunda fase en ocho expedientes, que, con datos aún provisionales, representarían en torno al 7 % de las operaciones notificadas, un porcentaje sensiblemente superior al observado en años anteriores.[139]

[137] En esta evolución influyen los cambios en la obligatoriedad y en los umbrales de notificación, ya comentados, y otros aspectos, como la evolución en los criterios sustantivos de evaluación de las transacciones, la frecuencia con la que se aprueban las operaciones con remedios en primera fase, o posibles cambios en las prioridades de aplicación del control de concentraciones.

[138] Caso C/1501/24 - CURIUM / IRAB. Véase https://www.cnmc.es/prensa/prohibicion-curium-irab-20251006 y https://www.cnmc.es/expedientes/c150124. Dicho esto, sí hay ejemplos de notificaciones que son archivadas por el desistimiento de las partes, en algunos casos presumiblemente ante el riesgo de que la operación fuese prohibida.

[139] Los datos no están cerrados a la fecha de elaboración del análisis, por lo que no se incluyen en los gráficos. C/1608/25 BALEARIA / ACTIVOS ARMAS CANARIAS; C/1605/25 GRUPO BALEÀRIA / ACTIVOS ARMAS ALGECIRAS-TANGER; C/1607/25 BALEARIA / ACTIVOS ARMAS ALBORAN; C/1501/24 CURIUM / IRAB; C/1479/24 ESSECO / ERCROS; C/1579/25 SALZILLO / LÁZARO SOTO; C/1563/25 HOSPITAL POLUSA / CLÍNICA GAIAS LUGO; C/1544/25 OXIMESA/ESTEVE TEIJIN HEALTHCARE.

Gráfico 2.
Propuestas de inicio de segunda fase o de remisión al TDC (número de casos y porcentaje de las notificaciones), 1990-2024



Fuente: Elaboración propia con (a) memorias e informes del SDC (1990-2006) y (b) metadatos de la web de la CNMC (2007-2024).

¿Cómo interpretar estos datos? Una posible explicación es que la introducción de la LDC haya alterado el universo de transacciones que se realizan y, en consecuencia, también el de las que se notifican. Como mencioné antes, la literatura económica pone de relieve que los cambios en la normativa y, en particular, en los costes de notificación, influyen en los incentivos de las partes a proponer operaciones con potenciales efectos anticompetitivos.

Desde esta perspectiva, la estabilización del número de operaciones que requieren una evaluación en profundidad y la práctica desaparición de las prohibiciones desde 2007 son coherentes con la hipótesis de que la LDC ha desincentivado que se planteen concentraciones susceptibles de restringir la competencia. En este sentido, su entrada en vigor se puede considerar un éxito.

Son varios los factores que han contribuido a estos cambios, entre ellos el desarrollo de las herramientas analíticas y su aplicación al análisis de los casos, así como de la mayor independencia de la autoridad en la toma de decisiones.[140] Entre las novedades introducidas por

[140] Al fin y al cabo, una de las principales novedades de la LDC fue la introducción de un modelo con un menor grado de intervención gubernamental, que reforzó el rol e independencia de la autoridad española de defensa de la competencia. El Consejo de la CNC pasó de ser un órgano consultivo (como era el TDC) a ser el órgano de resolución de todos los expedientes de control de concentraciones. La intervención del Consejo de Ministros quedó reducida a los casos en los que la resolución del Consejo de la CNC en segunda fase del control de concentraciones implica una prohibición de la operación o una aprobación con condiciones o compromisos. Además, la resolución de la CNC agota el análisis desde el punto de vista de la competencia: es decir, la intervención del

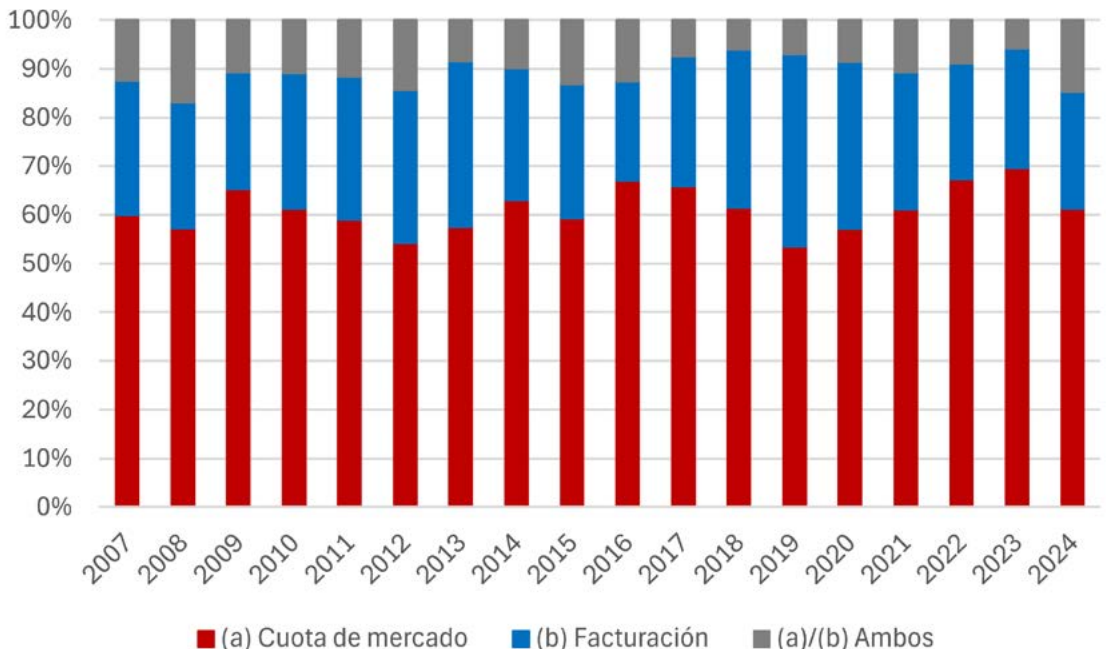
la LDC que, a mi juicio, han podido tener una mayor influencia tanto en el alcance del control ejercido por la autoridad como en la resolución de los expedientes y, en consecuencia, en los incentivos de las partes a proponer o no una concentración destacan las siguientes.

Por un lado, la LDC mantuvo los dos umbrales de notificación alternativos de la antigua LDC: (i) el volumen de negocio y (ii) la cuota de mercado (con un ligero incremento en esta última, de 25 a 30%).

El mantenimiento del umbral de cuota de mercado suscitó debate, tanto por las dificultades que plantea su cálculo en determinados mercados, como por la divergencia que esto supone respecto a la normativa comunitaria, que establece un único umbral objetivo basado en el volumen de negocios de las partes. A pesar de estas dificultades, las cuotas de mercado pueden ser un indicador más fiable del riesgo de que una operación obstaculice la competencia que otros criterios de notificación (OECD, 2016a pág. 14).

En la práctica, como muestra el Gráfico 3, la mayor parte de las concentraciones notificadas bajo la LDC lo han sido exclusivamente en función de este umbral (un 61,4% del total durante el periodo analizado). Sin duda, la obligatoriedad de notificar estas operaciones ha contribuido a evitar transacciones potencialmente anticompetitivas que, de haberse evaluado exclusivamente en virtud de la facturación de las partes, podrían haber eludido el examen de la autoridad.

Gráfico 3.
Número de notificaciones según los motivos de notificación, 2007-2024



Fuente: Elaboración propia a partir de metadatos de la web de la CNMC.

Consejo de Ministros para aprobar la operación o modificar las condiciones es en virtud de motivos de interés general distintos a los de la defensa de la competencia. Véase, por ejemplo, Guerra Fernández, y otros (2007).

Por otro lado, la LDC modificó el régimen de compromisos y condiciones. La normativa anterior contemplaba la posibilidad de que las partes presentasen al Ministerio de Economía compromisos destinados a subsanar los posibles obstáculos para la competencia durante la primera fase del análisis de la concentración. Sin embargo, en la práctica, lo habitual era que el SDC remitiese a segunda fase las concentraciones que consideraba potencialmente anticompetitivas (Guerra Fernández, y otros, 2007). En segunda fase, solo se preveía que el Consejo de Ministros impusiera a las partes condiciones destinadas a compensar los efectos restrictivos de la transacción. Por tanto, en esta fase no existía un cauce procedimental que permitiese a las partes presentar compromisos.

Con la LDC se introdujo la posibilidad de presentar compromisos en cualquier fase del procedimiento, con la correspondiente extensión del plazo de resolución. En segunda fase se mantiene la figura de las condiciones, que faculta al Consejo y, en su caso, al propio Consejo de Ministros, a subordinar la autorización de la concentración a su cumplimiento. Esta mayor flexibilidad en la aplicación de los compromisos y condiciones ha tenido como consecuencia que la intervención se articule en la práctica principalmente a través de estos instrumentos y que las prohibiciones sean prácticamente inexistentes.

En resumen, el avance normativo e institucional de las últimas tres décadas ha sido notable. Se ha traducido en un sistema de control eficiente, cuyo efecto es desincentivar operaciones anticompetitivas, y en el tanto la autoridad como las partes disponen de un procedimiento que les proporciona herramientas suficientemente flexibles para limitar la intervención a lo estrictamente necesario para garantizar que se preserva la competencia en los mercados afectados.

3. Intervención desde la entrada en vigor de la LDC

A continuación, centro el análisis en el periodo posterior a la entrada en vigor de la LDC. Desde su aprobación, la intervención de las autoridades en las concentraciones ha sido relativamente infrecuente. En la práctica, se materializa mediante remedios, con frecuencia de comportamiento. Este patrón, similar al observado en el ámbito de la Comisión Europea, suele estar motivado por el riesgo de efectos horizontales, derivados de la competencia directa entre las partes en los mercados afectados.

Frecuencia de las intervenciones

Desde la entrada en vigor de la LDC y hasta finales de 2024, se registraron un total de 1.501 informes de primera y segunda fase.[141] Como se observa en el Gráfico 4:

a. En la mayoría de los casos (1.372 expedientes, equivalentes al 91,4% de las notificaciones resueltas), la concentración fue autorizada en primera fase sin la imposición de compromisos.

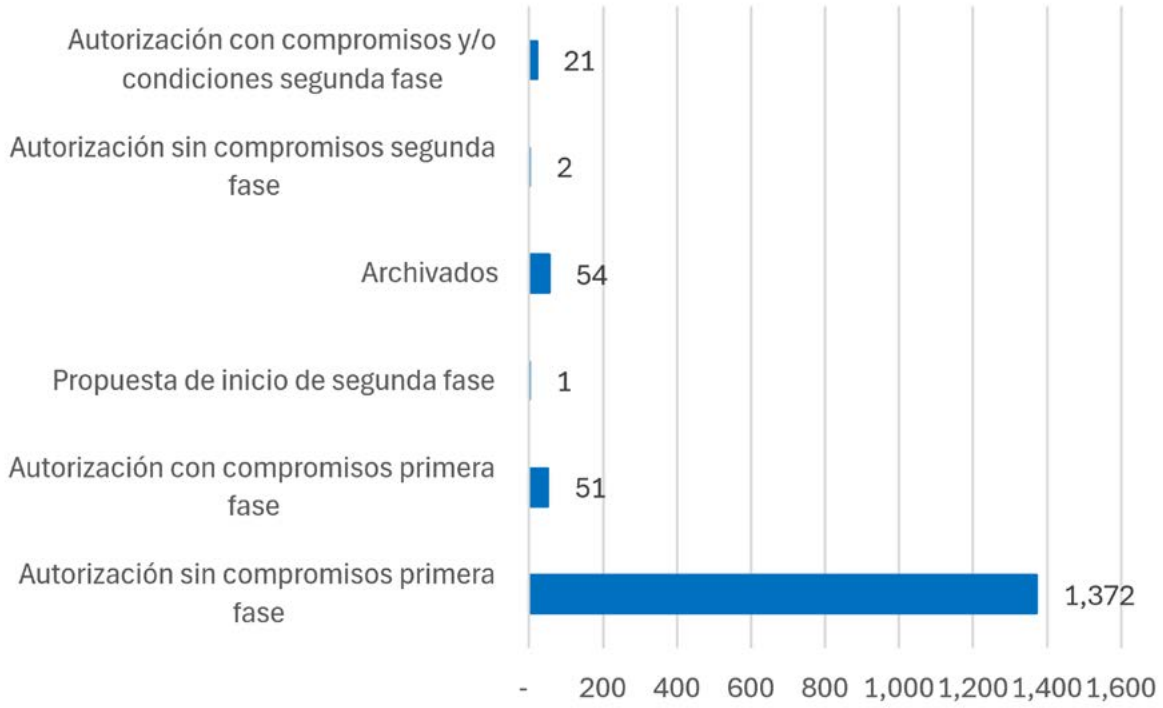
b. El resto de los expedientes se distribuye entre concentraciones autorizadas en primera fase, pero sujetas a compromisos o condiciones (51 operaciones), las aprobadas en

[141] Se incluye también un informe de propuesta de inicio de segunda fase.

segunda fase (24 operaciones, 21 de ellas con compromisos o condiciones), y aquellas archivadas en primera o segunda fase por diversos motivos (54 expedientes).

En conjunto, durante el periodo de vigencia de la LDC, las operaciones que requirieron la imposición de remedios o condiciones representaron únicamente un 4,8 % del total (72 de las 1.501 resoluciones). Se trata de una proporción claramente marginal dentro del conjunto de notificaciones, equivalente a una media de alrededor de cuatro operaciones al año.

Gráfico 4.
Informes emitidos en primera y segunda fase, 2007-2024

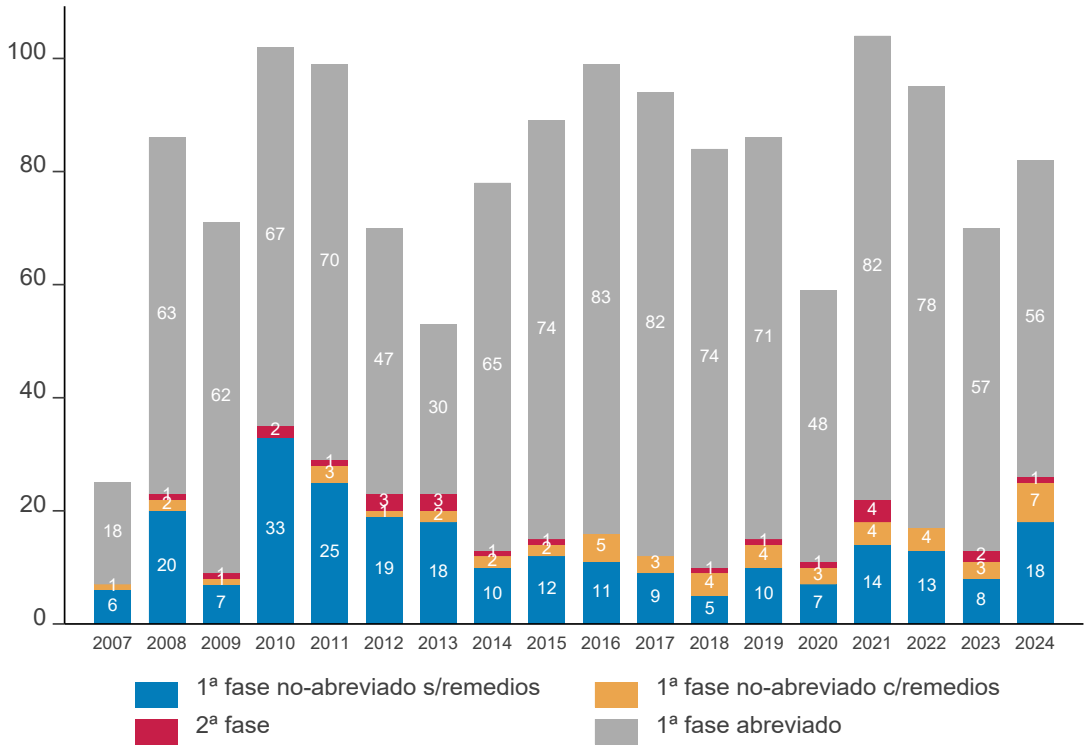


Fuente: Elaboración propia a partir de metadatos de la web de la CNMC.

El Gráfico 5 presenta la evolución temporal de estas intervenciones, recogiendo el número de casos resueltos cada año entre septiembre de 2007 y diciembre de 2024. En concreto, distingue entre: (i) autorizaciones en primera fase, distinguiendo las correspondientes al procedimiento ordinario (en azul) y al abreviado (en gris), y (ii) autorizaciones sujetas a compromisos o condiciones tanto en primera como en segunda fase.

Como señalé antes, la evolución del volumen de las notificaciones está alineada con el ciclo económico. Dado que la mayoría de las concentraciones se resuelven en primera fase, estas autorizaciones siguen muy de cerca la evolución del número total de las operaciones notificadas. Por el contrario, las concentraciones autorizadas sujetas a remedios muestran un comportamiento más irregular, con oscilaciones que van desde una hasta ocho operaciones anuales.

Gráfico 5.
Casos resueltos, aprobaciones en primera fase y remedios



Notas: Los casos abreviados se identifican por la duración del procedimiento, dado que la página web de la CNMC no las identifica de forma sistemática. Se consideran abreviados los casos con una diferencia entre notificación y resolución de hasta 30 días hasta 2023 y de hasta 15 días en 2024, en línea con el nuevo plazo máximo aplicable a los casos prenotificados.

Fuente: Elaboración propia a partir de metadatos de la web de la CNMC.

Comparación con las intervenciones de la Comisión Europea

La Tabla 1 recoge esta comparación entre la CNMC (y su predecesora, la CNC) y la Comisión Europea (Comisión).[142] Entre 2007 y 2024, la Comisión adoptó decisiones en primera o segunda fase en 6.042 casos. La inmensa mayoría de ellos (el 98%) se resolvió en primera fase. Las autorizaciones sujetas a remedios representaron el 4,78% del total, mientras que las concentraciones prohibidas constituyeron una proporción marginal, apenas el 0,23%.

[142] Las estadísticas de la Comisión Europea están disponibles en https://ec.europa.eu/competition-policy/mergers/statistics_en.

Tabla 1.
Control de concentraciones, estadísticas de la Comisión Europea y España, 2007-2024

	Comisión Europea		España	
		% de las decisiones (F)		% de las decisiones (F)
Fase 1 sin compromisos (A)	5.706	94,44%	1.372	94,88%
Fase 1 con compromisos (B)	217	3,59%	51	3,53%
Total Fase 1 (A+B)	5.923	98,03%	1.423	98,41%
Fase 2 sin compromisos (C)	33	0,55%	2	0,14%
Fase 2 con compromisos (D)	72	1,19%	21	1,45%
Prohibiciones (E)	14	0,23%	0	0,00%
Total Fase 2 (C+D+E)	129	1,97%	23	1,59%
Total con compromisos (B+D)	289	4,78%	72	4,98%
Total con compromisos o prohibición (B+D+E)	303	5,01%	72	4,98%
TOTAL (F=A+B+C+D+E)	6.042		1.446	
Archivadas o retiradas (G)	151		54	
TOTAL (F+G)	6.193		1.500	

Fuente: Elaboración propia a partir de la web de la CNMC y estadísticas de la Comisión Europea.

Esta comparación permite extraer varias conclusiones. En primer lugar, el peso de las decisiones adoptadas en primera fase es muy similar en ambas jurisdicciones: en torno al 98% de los casos. Además, la imposición de remedios en esta fase es poco frecuente. Solo el 3,6% del total de las decisiones de la Comisión y el 3,5% de las de la autoridad española concluyen con la imposición de remedios en primera fase, lo que equivale, respectivamente, al 3,7 y al 3,6% de las decisiones adoptadas en esta etapa inicial del procedimiento.

Las diferencias se acentúan en la segunda fase. En España no se registró ninguna prohibición durante el periodo considerado y el 91,3 % de las concentraciones autorizadas en esta fase quedaron supeditadas al cumplimiento de remedios o condiciones. De hecho, únicamente dos de las 23 decisiones de segunda fase se resolvieron sin imponer ningún tipo de medida correctora.

La Comisión Europea, por el contrario, intervino en una proporción menor de sus decisiones de segunda fase. En concreto, actuó el 72,3 % de los casos que se investigaron en profundidad: en el 60,5 % de los casos mediante la imposición de remedios y en el 11,8 % restante mediante una prohibición de la operación.

Con todo, las cifras agregadas muestran que la frecuencia de intervenciones es muy similar en ambos casos. En España, el 4,98 % de las decisiones concluyó con remedios, condiciones o prohibición, frente al 5,01 % registrado en el ámbito comunitario.

Por último, conviene señalar que una proporción relevante de operaciones no llega a resolverse, al cerrarse por archivo o por la retirada de la notificación. Este fue el desenlace en el 2,4% de las operaciones examinadas por la Comisión y en el 3,6% de las presentadas ante la autoridad española.

En conjunto, estos datos ponen de manifiesto que la intervención de la autoridad española es relativamente poco frecuente y, en términos generales, se sitúa en línea con la de la Comisión, aunque con algunos matices relevantes. En particular, la autoridad española interviene con mayor intensidad en la segunda fase y hace uso regular de su potestad para imponer condiciones, lo que evita el recurso a la prohibición de las operaciones.

4. Análisis de las teorías de daño

Para profundizar en los aspectos que centran la atención de la autoridad, he realizado un análisis de procesamiento del lenguaje natural (“**PLN**”) aplicado al conjunto de asuntos tramitados por procedimiento ordinario bajo la LDC.[143] Complemento este enfoque con un análisis específico de las operaciones de concentración evaluadas en profundidad bajo la LDC hasta finales de 2024.[144] Estas últimas han requerido un examen especialmente minucioso y permiten extraer conclusiones de alcance más general sobre los principales factores que motivan la intervención en determinados casos, así como sobre aquellos que, en otras circunstancias, conducen a la autorización de las transacciones sin remedios ni condiciones.

El Gráfico 6 ofrece una visión general de los términos más frecuentes en las resoluciones de las concentraciones analizadas. El tamaño de cada término refleja la frecuencia con la que aparece y su color indica su posición en el ránking: azul claro para los dos más frecuentes, rojo para el segundo y tercero, amarillo para el cuarto y el quinto y azul oscuro para el resto.

Esta nube de términos muestra que el análisis de la CNMC se articula en torno a un núcleo bien definido de conceptos clave. Destacan las referencias a cuotas de mercado, compromisos y sustituibilidad, lo que apunta al papel central del análisis de la estructura de mercado y de la presión competitiva entre las partes en la evaluación de las operaciones. Junto a estos elementos, tienen un peso significativo el análisis de áreas de influencia y el test de mercado, instrumentos que reflejan la atención de la autoridad a la delimitación precisa de los merca-

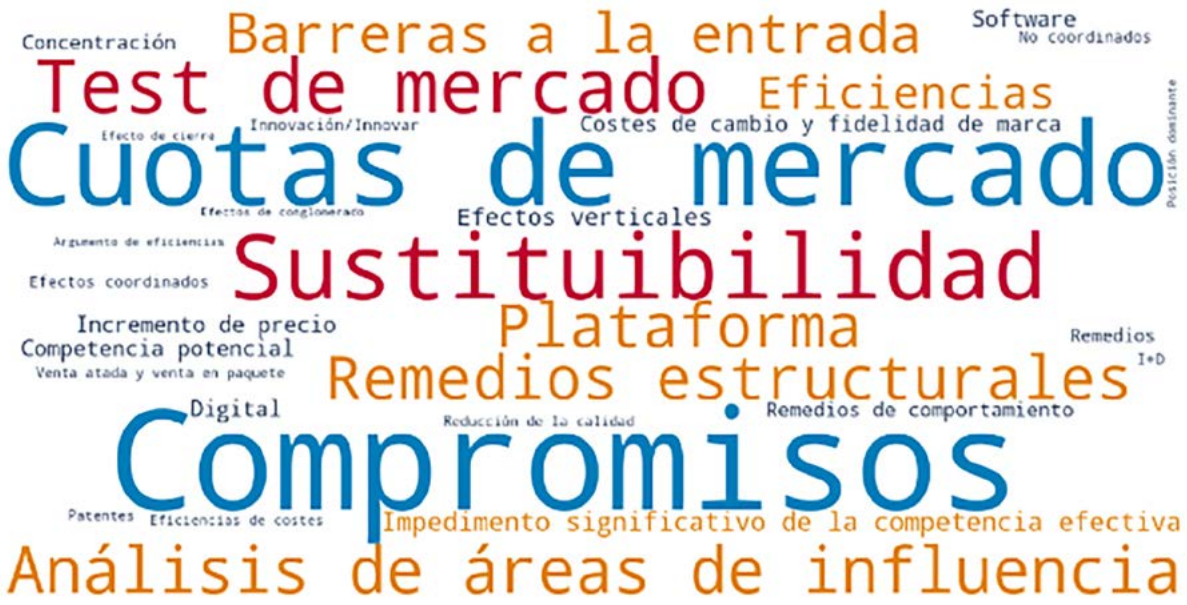
[143] Véase la nota al Gráfico 5 para la identificación de casos abreviados; el resto de los casos se consideran procedimientos ordinarios. Para llevar a cabo este análisis, descargamos las decisiones en asuntos de control de concentraciones del sitio web de la CNMC junto con un conjunto de metadatos de cada caso (las partes, la fecha de notificación, los motivos de la notificación y el resultado) y sobre la decisión (fecha, tipo de decisión e información específica del documento: longitud en palabras, caracteres y páginas). A continuación, elaboramos un diccionario de términos para identificar en cada una de las decisiones: teorías del daño o temas específicos (“efectos coordinados”, “remedios”, “innovación”, etc.) y, para cada concepto, definimos una serie de palabras y frases asociadas (por ejemplo, “colusión”, “conducta coordinada” y “coordinación tácita” podrían referirse a “efectos coordinados”). Por último, para cada decisión contamos el número de referencias a un concepto. Duso et al. (2024) lleva a cabo un análisis similar de la práctica de la Comisión.

[144] Se trata de 23 casos, de los cuales 21 fueron autorizados con remedios o condiciones y dos aprobadas sin ningún condicionante.

dos geográficos afectados y al contraste de los riesgos identificados a través de consultas a competidores, proveedores y clientes.

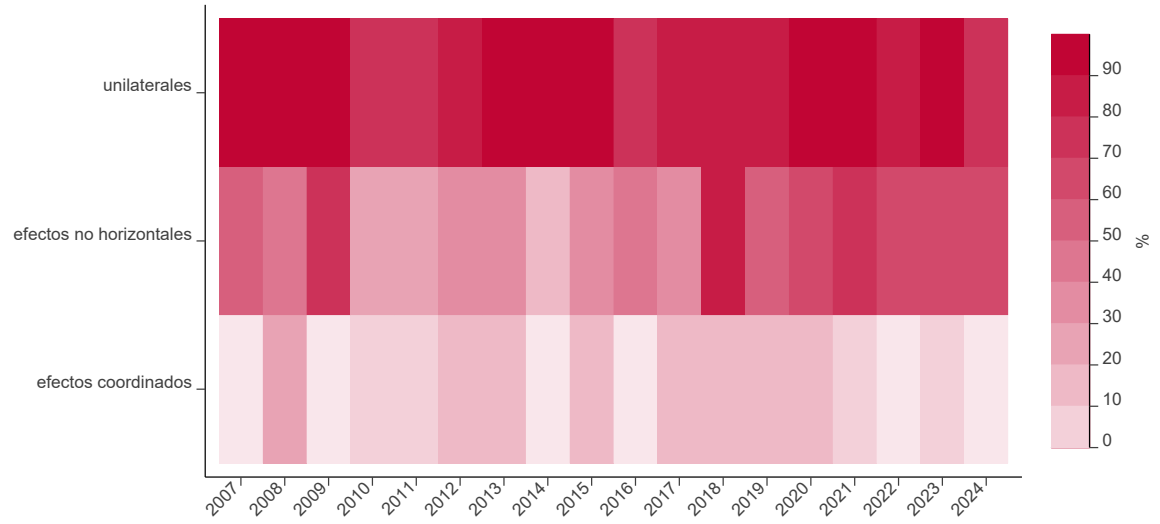
La presencia destacada de términos como barreras a la entrada, eficiencias, plataformas o costes de cambio y fidelidad de marca sugiere, además, que el análisis incorpora consideraciones de carácter dinámico, relacionadas con la competencia potencial, la innovación y la evolución de las condiciones competitivas. Por último, la relevancia de las menciones a remedios estructurales y, en menor medida, a remedios de comportamiento, es coherente con una práctica decisoria en la que la autoridad tiende a abordar los riesgos para la competencia mediante compromisos y medidas correctoras, en lugar de recurrir a la prohibición de las operaciones.

Gráfico 6.
Nube de términos relevantes, resoluciones en concentraciones tramitadas por procedimiento ordinario, 2007-2024



Fuente: Elaboración propia mediante análisis PLN de resoluciones de la CNMC (procedimientos no abreviados, septiembre de 2007–diciembre de 2024).En lo que sigue, centro el análisis en los términos asociados a las distintas teorías del daño, con el fin de identificar los principales focos de atención de la autoridad y su evolución a lo largo del tiempo. El Gráfico 7 ilustra gráficamente este análisis. En concreto, muestra, para cada año, un mapa de calor con el porcentaje de resoluciones analizadas en las que aparecen referencias a efectos unilaterales, efectos no horizontales y efectos coordinados. Una mayor intensidad del color indica que los términos vinculados a cada teoría del daño son mencionados en un mayor número de asuntos.

Gráfico 7.
Porcentaje de casos en los que términos relacionados a la teoría del daño han sido mencionados



Fuente: Elaboración propia mediante análisis PLN de resoluciones de la CNMC (procedimientos no abreviados, septiembre de 2007–2024).

Del análisis del gráfico y del examen detallado de las operaciones resueltas en segunda fase se desprenden las siguientes observaciones. La más relevante es que el principal motivo de preocupación e interés es la existencia de efectos **horizontales unilaterales**, derivados de la eliminación de la competencia entre las partes en mercados ya concentrados. En coherencia con ello, los términos asociados a esta teoría del daño —como sustituibilidad—predominan frente a otras teorías del daño como los efectos coordinados o los efectos verticales y de conglomerado. De hecho, la autoridad apreció la existencia de efectos horizontales unilaterales en todas las concentraciones examinadas en segunda fase, con independencia de que la operación fuese finalmente autorizada con o sin remedios.

En algunos casos, la eliminación de la competencia conduce a la creación o el refuerzo de la posición de un operador dominante, como ocurrió en Quirón/Santa Cristina, Telefónica/DTS o CEPSA/CHESA. En otros, la preocupación deriva de la desaparición de la presión competitiva ejercida por un competidor particularmente agresivo, como en Antena 3/La Sexta, o por un competidor cercano, como en Schibsted/Mil Anuncios o Çimsa/Cemex. En el caso de Disa/Shell/Sae/JV, la autoridad llegó incluso a identificar efectos unilaterales horizontales sin que existiera solapamiento directo entre las partes, como consecuencia de la eliminación de un competidor potencial.

El análisis de estos efectos horizontales unilaterales da un peso central a su impacto sobre la estructura del mercado, y en particular a la cuota de mercado conjunta de las partes y al nivel de concentración de los mercados afectados. Las preocupaciones son, lógicamente,

mayores en aquellos mercados en los que se aprecian barreras significativas a la entrada o a la expansión de los competidores existentes. Un ejemplo ilustrativo es el caso Schibsted/Mil Anuncios, en el que las elevadas cuotas conjuntas de las partes en el mercado de anuncios relacionados con vehículos a motor, junto con la ausencia de operadores alternativos de relevancia, llevaron a que su aprobación se condicionara a varios remedios. La naturaleza de mercado de dos lados del mercado publicitario, así como la existencia de economías de escala y de red, fueron consideradas barreras a la entrada que agravaban el riesgo de efectos anticompetitivos.

Ahora bien, incluso en presencia de solapamientos horizontales significativos, existen operaciones en las que la autoridad identifica factores compensatorios suficientes para limitar la capacidad de las partes de restringir la competencia efectiva. Un ejemplo paradigmático es la concentración JD Decaux/Cemusa. La operación daba lugar a un gran operador de publicidad exterior en España, con una posición muy destacada en Madrid y Barcelona y a gran distancia del resto de competidores. El único operador con presencia nacional relevante era Clear Channel y, al menos según la resolución, no se identificaban eficiencias significativas. A pesar de ello, la concentración fue autorizada sin compromisos ni condiciones, al considerarse que factores como el dinamismo del mercado, la ausencia de barreras a la entrada, la presión competitiva de otros canales publicitarios, el carácter relativamente marginal de la publicidad exterior y el poder de negociación de las agencias de medios limitaban los efectos restrictivos de la operación.

Por último, aunque con menor protagonismo, la autoridad identifica en ocasiones el riesgo de **efectos horizontales coordinados**. No obstante, estos aparecen sistemáticamente como una teoría del daño adicional y complementaria a la de los efectos unilaterales, y no como el eje central del análisis.

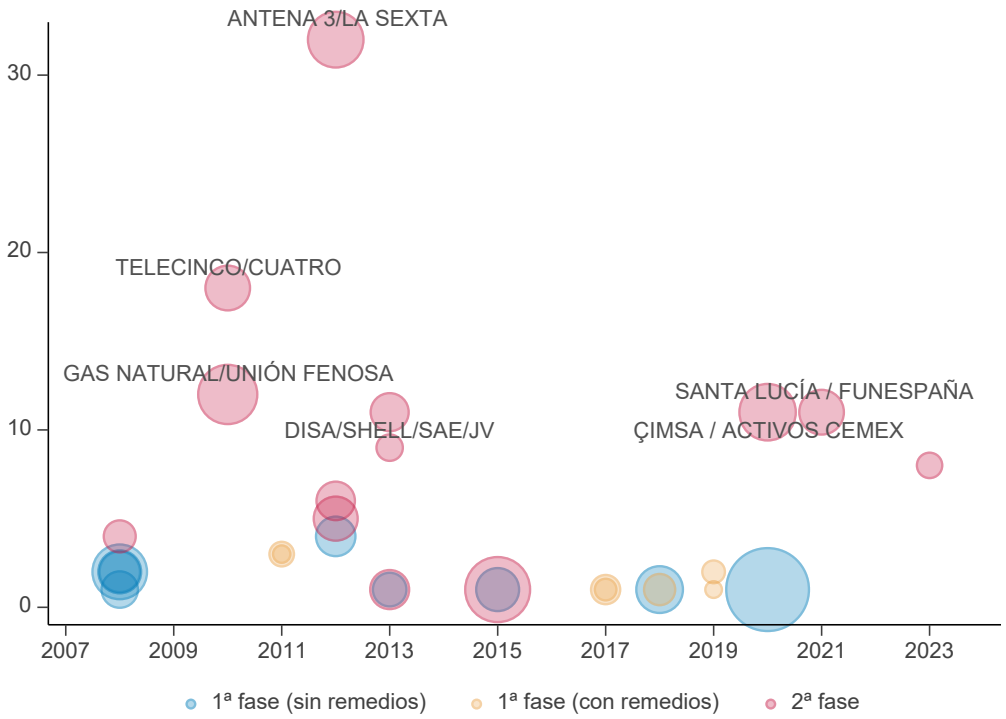
El Gráfico 8 recoge los casos en los que términos asociados a teorías del daño de efectos coordinados aparecen al menos una vez. En el gráfico, el eje vertical muestra el número de veces que dichos términos aparecen en cada resolución, mientras que el tamaño de los círculos refleja la extensión de las resoluciones, medida por el número de palabras. El eje horizontal indica el año de la decisión y el color distingue entre operaciones resueltas en primera fase sin remedios, en primera fase con remedios y en segunda fase.

Como muestra el gráfico, las referencias a efectos coordinados se concentran en un número reducido de operaciones, en su mayoría tramitadas en segunda fase y caracterizadas por resoluciones particularmente extensas. Destacan, entre otros, los casos Antena 3/La Sexta, Telecinco/Cuatro, Gas Natural/Unión Fenosa, Disa/Shell/Sae/JV, Santa Lucía/Funespaña o Çimsa/Cemex.

En muchos de estos casos, se examinó el riesgo de conductas coordinadas en mercados concentrados, derivado de la reducción del número de competidores en sectores considerados estructuralmente propensos a la colusión, como ocurrió, por ejemplo, en Çimsa/Cemex. En otros, sin embargo, se desarrollaron teorías del daño más elaboradas, prestando especial

atención a los efectos de la concentración sobre la creación de vínculos estructurales entre los operadores o sobre el intercambio de información sensible entre las partes.[145]

Gráfico 8.
Frecuencia de aparición de términos de teorías del daño relacionados con efectos coordinados, 2007-2024



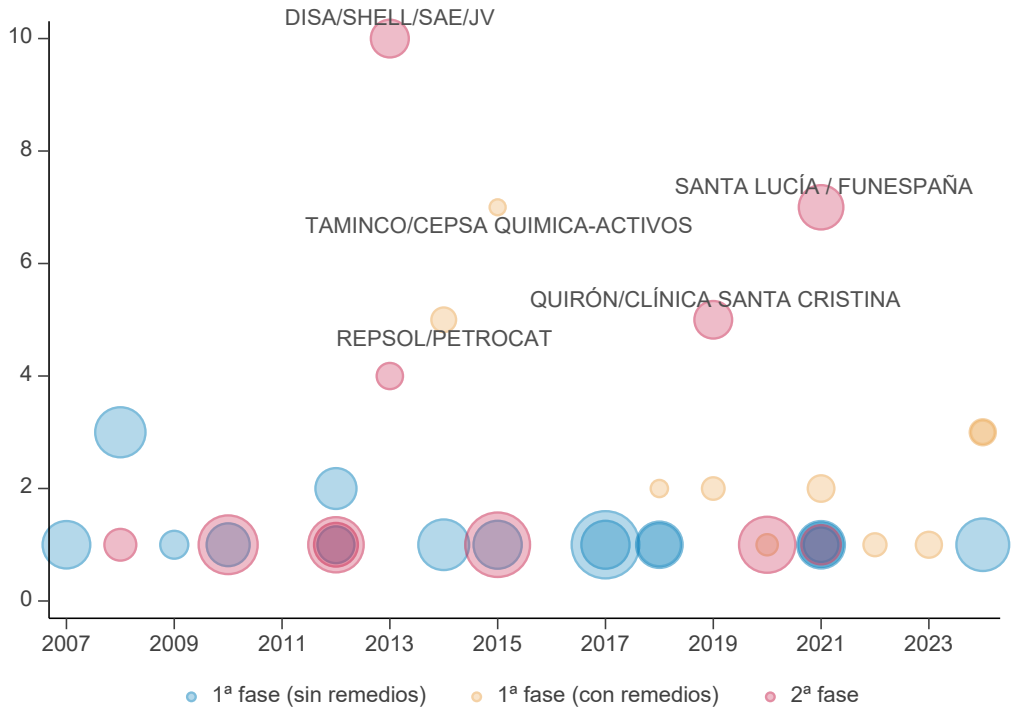
Notas: (1) El eje Y muestra el número de veces que el término aparece mencionado, mientras que el tamaño de los círculos representa el número total de palabras en la resolución de la CNMC. (2) La figura excluye los casos en los que el término no se menciona.

Fuente: Elaboración propia mediante análisis PLN de resoluciones de la CNMC (procedimientos no abreviados, septiembre de 2007–2024).

[145] Así, en Redsys/Redy se consideró que el hecho de que los principales accionistas de la entidad resultante fueran algunas de las principales entidades bancarias españolas —vinculadas a dos de los tres sistemas de medios de pago de ámbito nacional, SERVIRED y 4B— podía generar riesgos de coordinación en el mercado descendente de servicios de pago. En particular, se identificó el riesgo de que dichos vínculos facilitaran intercambios de información entre ambos sistemas que les permitieran coordinar sus estrategias en el mercado de los pagos con tarjeta bancaria. Para mitigar estos riesgos, las partes ofrecieron, entre otros, compromisos dirigidos a limitar dichos intercambios de información. De forma similar, en Deoleo/Hojiblanca la autoridad apreció que la presencia de Hojiblanca en el consejo de administración de Deoleo podía favorecer comportamientos coordinados en el mercado de marca de fabricante. La autorización de la operación quedó, por ello, supeditada al cumplimiento de compromisos destinados a restringir los flujos de información entre ambas entidades.

En línea con lo anterior, los **efectos verticales** han tenido relevancia en un número limitado de casos, entre otros, tal y como muestra el Gráfico 9, en operaciones como DISA/Shell/Sae/JV, Santa Lucía/FUNESPAÑA, Taminco/Cepsa Química-Activos y Quirón/Santa Cristina y Repsol/Petrocat. Con todo, las teorías del daño basadas en efectos verticales suelen desempeñar un papel secundario en el análisis, en comparación con la preocupación principal de la autoridad, que sigue siendo la eliminación de competencia directa entre dos operadores.[146]

Gráfico 9.
Frecuencia de aparición de términos relacionados con efectos de exclusión, 2007-2024



Notas: (1) El eje Y muestra el número de veces que el término aparece mencionado, mientras que el tamaño de los círculos representa el número total de palabras en la resolución de la CNMC. (2) La figura excluye los casos en los que el término no se menciona.

Fuente: Elaboración propia mediante análisis PLN de resoluciones de la CNMC (procedimientos no abreviados, septiembre de 2007–2024).

[146] Existen, no obstante, algunos casos en los que los efectos verticales ocupan un lugar central en la evaluación. El ejemplo más claro es el de DISA/Shell/Sae/JV. En esta operación, las partes no competían en ninguno de los mercados afectados. Sin embargo, la autoridad apreció que la concentración podía generar incentivos para que DISA restringiera el acceso de sus competidores a infraestructuras clave en los mercados de aprovisionamiento, almacenamiento, logística y puesta a bordo de combustibles. En particular, se consideró que la entrada de DISA en el mercado de suministro de combustible de aviación en Canarias, a través de SAE, podía facilitar estrategias de exclusión aguas arriba. La autorización de la operación se subordinó, por ello, a la asunción de compromisos que garantizasen el acceso de terceros a las instalaciones de almacenamiento y transporte de combustible de aviación de DISA en Canarias, así como al servicio de transporte marítimo interinsular.

Este conjunto de pautas resulta, en términos generales, coherente con el análisis económico de las concentraciones y con la evidencia empírica al respecto de sus efectos. El énfasis en los efectos unilaterales horizontales se corresponde con el ámbito en el que la teoría económica ofrece predicciones más robustas: en ausencia de eficiencias, la fusión de competidores directos tiende a traducirse en aumentos de precios, lo que justifica un escrutinio particularmente intenso de este tipo de operaciones.[147]

Las posibles eficiencias constituyen, precisamente, el principal elemento diferenciador entre las concentraciones horizontales y otras formas de coordinación, como los cárteles (Asker, y otros, 2021). La literatura (por ejemplo, Ashenfelter et al. (2015) o Braguinsky et al. (2015)) ha documentado la existencia de eficiencias específicas asociadas a determinadas concentraciones, con efectos positivos sobre la productividad y potenciales beneficios pro-competitivos. Sin embargo, en la práctica, el examen de las eficiencias suele desempeñar un papel secundario, lo que apunta a que se trata de un ámbito susceptible de mayor desarrollo.[148]

Por el contrario, en el caso de los efectos coordinados, las predicciones del análisis económico son menos concluyentes. Las condiciones bajo las cuales una concentración facilita la coordinación entre empresas no están claramente establecidas, más allá de modelos teóricos muy específicos, como el de Compte et al. (2002). No resulta, por tanto, sorprendente que sea difícil encontrar ejemplos de intervención basados exclusivamente en esta teoría del daño.

Algo similar ocurre con las concentraciones verticales. Existe una presunción generalmente favorable a que este tipo de operaciones tiende a incrementar el bienestar (Asker, y otros, 2021), al combinar empresas que operan en distintos eslabones de la cadena de valor y ofrecen productos complementarios. Los riesgos anticompetitivos se derivan, fundamentalmente, de los posibles incentivos a la exclusión de rivales, cuya relevancia empírica ha sido confirmada por la literatura.[149] En este contexto, no resulta extraño que la intervención en concentraciones verticales sea relativamente poco frecuente y, cuando se produce, se centre en supuestos bien delimitados.

5. Análisis de los remedios y condiciones

Una vez repasados los principales motivos que llevan a la autoridad española a intervenir en una determinada concentración, el siguiente paso es analizar cómo se articula esa intervención. Desde la entrada en vigor de la LDC, se produce a través de compromisos ofrecidos

[147] Véase, por ejemplo, Whinston (2007): "The general presumption in such models is that, absent efficiencies, prices will rise following a merger. The reason for this presumption is that, holding rival prices or outputs fixed, a merger between sellers of substitute goods will lead them to internalize the negative externality that more aggressive pricing or output choices has on the merger partner."

[148] Para más detalles, véase la consulta de la Comisión a este respecto, en el marco de la revisión de las directrices de la UE en materia de concentraciones: disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_25_1141.

[149] Véase por ejemplo, Slade (2020).

por las partes o de condiciones impuestas por la autoridad destinados a garantizar que la operación no obstaculiza la competencia efectiva.

Estos compromisos y condiciones tienen implicaciones de primer orden sobre el funcionamiento de los mercados. Los remedios estructurales, que incluyen desinversiones completas o parciales, alteran de forma directa la estructura del mercado y modifican la asignación de los derechos de propiedad. Por su parte, los no estructurales limitan el ejercicio de esos derechos por parte de las empresas resultantes de la concentración (Balto, y otros, 2000). Entre ellos se incluyen, por ejemplo, compromisos destinados a impedir el abuso del control sobre determinados activos, así como obligaciones contractuales como licencias obligatorias o compromisos de acceso a infraestructuras.

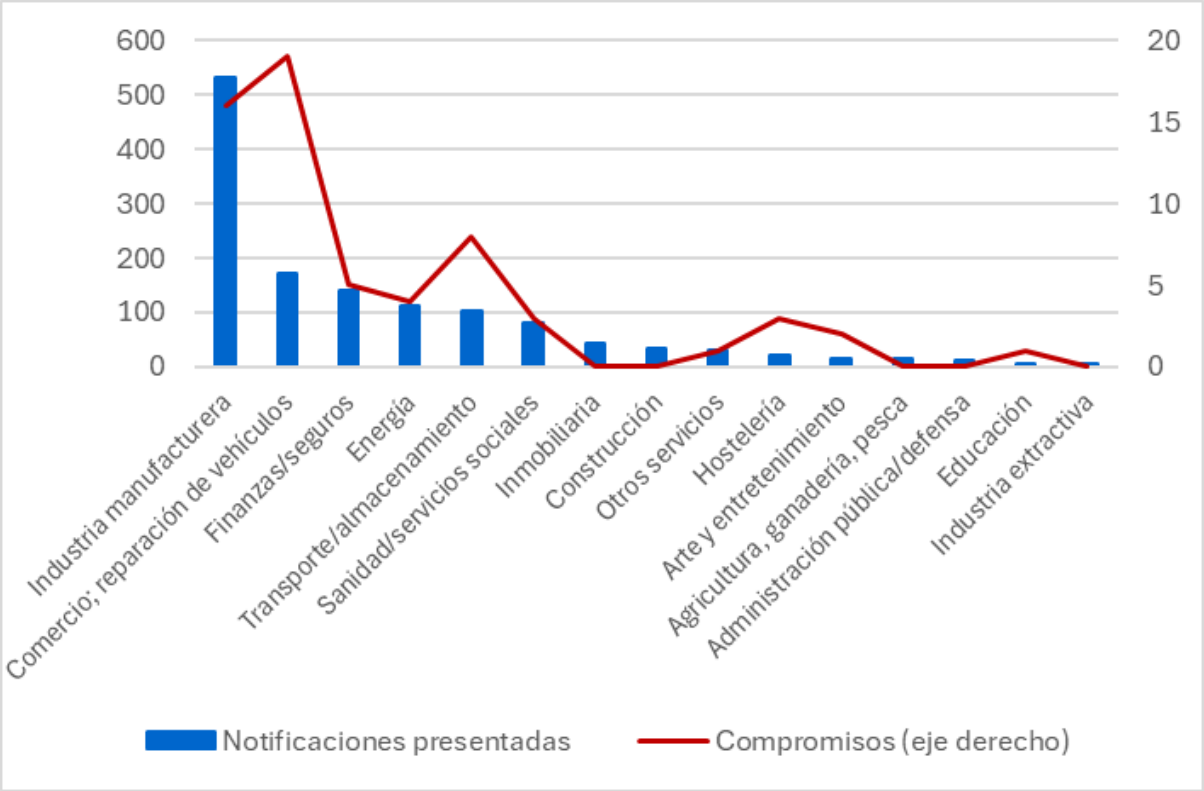
Esta capacidad de diseñar y supervisar remedios ha llevado a parte de la literatura a caracterizar la actuación de las autoridades de competencia como cuasi-regulatoria (Motta et al., 2007). Ello, además, en un contexto especialmente exigente, marcado por plazos de decisión muy ajustados y por la ausencia, en muchos casos, del conocimiento sectorial específico del que disponen los reguladores especializados. Estas circunstancias refuerzan el interés de analizar con mayor detalle cómo se configuran y aplican los remedios en la práctica.

Con este objetivo, he recopilado información sobre todas las concentraciones en las que la CNMC ha impuesto remedios o condiciones desde la entrada en vigor de la LDC hasta finales de 2024. Los datos incluyen información sobre las partes de la transacción, la fecha de notificación, el motivo de la obligación de notificar y el sector afectado. Asimismo, he revisado de manera sistemática los remedios y condiciones impuestos en cada caso, clasificándolos en función de su carácter estructural o no estructural. A continuación, destaco algunos de los resultados más relevantes de este análisis.

En primer lugar, resulta ilustrativo examinar los sectores en los que se concentran las intervenciones. El Gráfico 6 compara, por un lado, el número total de concentraciones notificadas según los anuarios de la CNMC y, por otro, el número de operaciones en las que la autoridad impuso remedios, desagregando ambos por sector.

De esta comparación se desprenden dos patrones claros. Por un lado, la industria manufacturera representa una proporción elevada tanto del total de notificaciones como de las concentraciones en las que se han impuesto remedios. Por otro, las operaciones en el sector del comercio al por mayor y al por menor, así como en el de reparación de vehículos de motor y motocicletas, presentan una mayor probabilidad relativa de concluir con la imposición de condiciones. Se trata, de hecho, del sector más intensamente afectado por la intervención de la autoridad, seguido de la industria manufacturera.

Gráfico 10.
Notificaciones e imposición de remedios, por sectores, 2007-2024



Notas: Cuando una operación figura asociada a varios sectores en el sitio web de la CNMC, se ha asignado el primer sector registrado a efectos de este gráfico.

Fuente: Elaboración propia a partir de metadatos de la web de la CNMC.

En segundo lugar, me fijo en los motivos que activaron la obligación de notificar de las concentraciones que finalmente fueron autorizadas con remedios o condiciones. Este ejercicio permite evaluar hasta qué punto los distintos umbrales de notificación están alineados con la probabilidad de intervención por parte de la autoridad.

La Tabla 2 muestra que el umbral de cuota de mercado desempeña un papel determinante. Más del 91 % de las concentraciones en las que la CNMC impuso remedios cumplían el umbral de notificación basado en la cuota de mercado, de forma exclusiva o conjuntamente con el umbral de facturación. Por el contrario, únicamente un 8,3 % de las autorizaciones condicionadas corresponde a operaciones notificadas exclusivamente por la facturación de las partes, a pesar de que este tipo de transacciones representa en torno al 28 % del total de notificaciones.

Esta asimetría se refleja también en la probabilidad de intervención. Mientras que la CNMC impone remedios en poco más del 1 % de las operaciones que solo cumplen el umbral de facturación, este porcentaje se eleva hasta el 6 % en el caso de las concentraciones que superan el umbral de cuota de mercado.

Estos datos confirman que el impacto estructural de la concentración, reflejado por la cuota de mercado de las partes, constituye un buen predictor de las conclusiones de la autoridad. Asimismo, ponen de relieve que la existencia del umbral de notificación basado en la cuota de mercado ha permitido identificar 40 concentraciones que, a la luz del análisis de la CNMC, presentaban riesgos para la competencia efectiva y que, de otro modo, habrían quedado fuera del escrutinio de la autoridad.

Tabla 2.

Motivo de notificación de las operaciones autorizadas con remedios, 2007-2024

Motivo de notificación	Notificaciones		Autorizadas con compromisos/condiciones	
(a) Cuota de mercado	931	61,4%	40	55,6%
(b) Facturación	424	28,0%	6	8,3%
(a)/(b) Ambos	161	10,6%	26	36,1%
TOTAL	1.516		72	

Notas: (1) La base de datos elaborada por Compass Lexecon obtiene información a partir del momento en el que entra en vigor la LDC (septiembre 2007). (2) En el total de 1.516 notificaciones presentadas solo hay 1.500 resueltas. Las restantes corresponden a: (a) 5 casos de acumulación, (b) 1 caso de inicio de segunda fase en 2024 y (c) 10 notificaciones presentadas en 2024 y resueltas (o aún en curso) en 2025.

Fuente: Elaboración propia a partir de metadatos obtenidos del sitio web de la CNMC.

El tercer aspecto que merece atención es la naturaleza de los remedios y condiciones impuestos por la autoridad. Desde un punto de vista teórico y práctico, los remedios estructurales (la cesión de una planta de producción o de una unidad de negocio) suelen considerarse preferibles, en la medida en que ofrecen una solución duradera a los problemas de competencia identificados y tienen menores costes de implementación y supervisión.[150]

[150] Véase, a este respecto, la Comunicación de la Comisión relativa a las soluciones admisibles con arreglo al Reglamento (CE) no 139/2004 del Consejo y al Reglamento (CE) no 802/2004. La Comisión acepta también la posibilidad de que otros compromisos puedan también impedir que se obstaculice de forma significativa la competencia efectiva, en el párrafo 15; FEDERAL TRADE COMMISSION (enero de 2017) y Duso et al. (2024).

Sin embargo, a menudo las autorizaciones se condicionan a remedios de carácter no estructural, incluyendo obligaciones de acceso a infraestructuras o activos, la concesión de licencias o la limitación de cláusulas de exclusividad.[151]

Tal y como recoge la Tabla 3, los remedios basados exclusivamente en la desinversión de activos se exigieron solo en 12 operaciones, lo que representa menos de una cuarta parte de las concentraciones autorizadas con remedios o condiciones. Además, su aplicación se concentra en un número reducido de sectores. En particular, el sector de la distribución comercial, tanto mayorista como minorista, es el más afectado por este tipo de remedios, con siete de los doce casos identificados.[152]

En otros catorce casos, los remedios estructurales se vieron acompañados de remedios de comportamiento; en total, los remedios incluyeron alguno de comportamiento en un 83% de los casos, incluyendo un 95% de los resueltos en segunda fase. En comparación, los remedios estructurales basados en la desinversión de activos juegan un papel mucho más destacado en otras jurisdicciones, incluyendo la Comisión.[153]

Tabla 3.

Tipo de remedio, por fase de investigación, 2007-2024

Tipo de remedio	Fase 1	Fase 2	TOTAL
Desinversión	11	1	12
Comportamiento	30	16	46
Desinversión y comportamiento	10	4	14
TOTAL	51	21	72

Fuente: Elaboración propia a partir de metadatos obtenidos del sitio web de la CNMC.

[151] Así por ejemplo, entre otras condiciones, en Adeslas/Policlínica San José las partes se comprometieron a la apertura de un centro hospitalario y a prestar asistencia a todas las entidades aseguradoras; en Abertis/Axión y Tradia/Teledifusión Madrid se impuso una obligación de acceso mayorista; en Antena 3/La Sexta se limitó la duración de los contratos de exclusividad a tres años; en Verifone/Hypercom las partes se comprometieron a conceder una licencia; en Schibsted/MILANUNCIOS a firmar un acuerdo de licencia con un tercero para otorgarle la explotación exclusiva de ciertos anuncios clasificados; en Naviera Armas/Trasmediterránea a ceder el uso de amarres y del sistema de expedición de billetes; en Repsol/Petrocat a transferir la gestión de una estación de servicio en Barcelona a un tercero; en Telefónica/DTS a configurar una oferta mayorista de canales premium accesible a competidores, con precios replicables y limitación de los contenidos en exclusiva; y en Areas/Autogrill a liberar cinco establecimientos mediante la resolución anticipada de contratos o la no participación en futuras licitaciones.

[152] Se trata de DIA/GRUPO EL ARBOL, DIA/PLUS, SUPERMERCADOS SABECO/GALERIAS PRIMERO y DIA/ EROSKI -ACTIVOS. En este sector en el que los mercados relevantes son de ámbito local, se trata de un remedio atractivo, por su simplicidad.

[153] De acuerdo al estudio de la Comisión Europea de 2005 sobre remedios, 69 de los 96 casos analizados constituyeron desinversiones (72%). Véase DG COMP, European Commission (octubre de 2005, páginas 17 y 18). Asimismo, Duso et al. (2024) muestra que los términos relacionados con los remedios estructurales, y en particular con las desinversiones, son mencionados con una frecuencia significativamente mayor que aquellos asociados a los remedios de comportamiento en las decisiones de la Comisión.

A diferencia de la relativa simplicidad de las desinversiones, cuyo principal desafío reside en identificar el negocio adecuado, preservar la viabilidad de los activos a ceder y transferirlos a un adquirente que esté dispuesto y sea capaz de competir eficazmente con los vendedores y con otros operadores del sector, los compromisos no estructurales plantean dificultades adicionales que, en algunos casos, pueden poner en riesgo su efectividad.[154]

a) En primer lugar, estos compromisos pueden exigir que la autoridad establezca condiciones de acceso en mercados complejos, respecto de los cuales puede no disponer del grado de conocimiento técnico y sectorial del que sí gozan los reguladores especializados.

b) En segundo lugar, existe el riesgo de que las partes intenten eludir la aplicación del remedio, lo que obliga a la autoridad a diseñar mecanismos de supervisión y seguimiento, con los correspondientes costes administrativos, salvo que sea posible articular sistemas de autocumplimiento eficaces.[155]

A ello se añade que las obligaciones de acceso pueden reducir los incentivos de las partes a invertir, innovar o mejorar la calidad de sus productos, si anticipan que los competidores podrán apropiarse de una parte significativa de los retornos asociados a esas inversiones. Por último, este tipo de compromisos puede introducir vínculos duraderos entre competidores que, en determinadas circunstancias, faciliten la coordinación de su comportamiento en el mercado.

A la luz de estas dificultades, resulta llamativo el frecuente uso de remedios de comportamiento en España. El patrón observado apunta a una aplicación prudente del control de concentraciones, en la que la autoridad parece priorizar soluciones que preservan la estructura de los mercados siempre que sea posible, incluso a costa de recurrir a instrumentos cuya eficacia depende de un diseño y una supervisión particularmente exigentes.

6. Conclusiones y reflexión a futuro

Del análisis precedente se desprende que el sistema español de control de concentraciones se ha caracterizado por una intervención relativamente acotada, centrada de forma prioritaria en evitar reducciones de la competencia derivadas de la unión de competidores directos. Las actuaciones de la autoridad se dirigen fundamentalmente a las concentraciones horizontales y descansan en buena medida en presunciones estructurales, en las que la cuota de mercado combinada de las partes y el nivel de concentración del mercado siguen desempeñando un papel determinante. Al mismo tiempo, la práctica revela una preferencia por remedios de comportamiento frente a soluciones estructurales, una opción que, si bien reduce la irreversibilidad de la intervención, introduce una complejidad significativa en el diseño, la implementación y la supervisión de las decisiones.

¿En qué dirección evolucionará este sistema a partir de ahora? ¿Qué factores influirán en su desarrollo en los próximos años? La actuación de la autoridad española se inscribe en

[154] DG COMP, European Commission (octubre de 2005, pág. 18 y 19).

[155] De hecho, la CNMC ha emitido al menos 33 expedientes de vigilancia de Concentraciones desde 2012, como se puede comprobar en su página web.

un contexto de reflexión y revisión a escala europea. La Comisión Europea ha iniciado un proceso de actualización de sus Directrices sobre concentraciones precisamente para adaptar el marco analítico a transformaciones profundas de la economía, como la digitalización, el aumento de la concentración en determinados sectores y la creciente importancia de la innovación y los efectos dinámicos. Esta revisión responde, por un lado, a la necesidad de incorporar los desarrollos económicos y jurisprudenciales de las últimas dos décadas y, por otro, a debates cada vez más intensos sobre el control de concentraciones.

En este contexto, se han multiplicado las voces que vinculan el aumento de la concentración empresarial con fenómenos como la desaceleración de la productividad, el estancamiento de los salarios, el aumento de precios o la menor intensidad inversora en algunos sectores.[156,157]

Al mismo tiempo, el debate europeo está marcado por tensiones en sentido contrario. La discusión en torno a la creación de "campeones europeos", que cobró especial visibilidad tras la prohibición de la fusión entre Siemens y Alstom en 2019, ha puesto de relieve la presión para que la política de competencia tenga en cuenta consideraciones de escala, resiliencia y competitividad internacional.

Estos debates adquieren una relevancia particular en el ámbito de la economía digital.[158] Tradicionalmente, el control de concentraciones se ha centrado en los efectos a corto plazo sobre precios. Sin embargo, en mercados caracterizados por externalidades de red, economías de escala y dinámicas de innovación aceleradas, los efectos a largo plazo sobre la inversión, la innovación y la estructura competitiva son cruciales.[159] En estos entornos, el control de concentraciones desempeña un papel esencial para preservar la contestabilidad de los mercados, evitando tanto las adquisiciones defensivas como las denominadas "adquisiciones asesinas" (Cunningham et al., 2021).

La revisión de las Directrices parece orientarse, no tanto a abandonar el objetivo central de preservar la competencia efectiva, como a integrar de forma más explícita estas preocupaciones en el análisis, aclarando el papel de las eficiencias, la innovación y los efectos dinámicos, sin relajar los estándares probatorios ni sustituir el control de concentraciones por

[156] Algunas referencias relevantes son Philippon (2019), Barkai (2020), De Loecker, y otros (2019), De Loecker, y otros (2021), Autor, y otros (2017), Autor, y otros (2020), Azar, y otros (2017), Azar, y otros (2024), Gutierrez , y otros (2016), Berger, y otros (2022).

[157] Existen explicaciones alternativas a la caída del peso de los salarios, como el impacto del cambio tecnológico, la globalización, el crecimiento relativo de las empresas más eficientes, o la reducción del coste relativo del capital resultado del cambio tecnológico en la medida que permite explicar por qué la caída del peso de los salarios se ha producido solamente en los sectores más intensivos en capital y donde los cambios tecnológicos han tenido un mayor impacto sobre el coste relativo de la mano de obra (véanse Karabarbounis y Neiman, 2014; Elsby, Hobijn y Sahin, 2013; Autor, Dorn, Katz, Patterson y Van Reenen, 2017; Díez Catalán, 2018). También es relevante la perspectiva desde la organización industrial que aportan Berry, Gaynor y Scott Morton (2019).

[158] Para un excelente análisis de muchas de estas cuestiones, véase Tirole, J. (2019).

[159] En el ámbito comunitario, el análisis de los efectos de la fusión entre DowChemical y DuPont se centró en los incentivos de las partes fusionadas para invertir en I+D en el mercado de los plaguicidas, y dio lugar a un intenso debate sobre los efectos de las concentraciones horizontales sobre la innovación. Algunos ejemplos son Federico, G., G. Langus y T. Valletti (2017). "A simple model of mergers and innovation," Economics Letters, vol. 157(C) o J. Padilla (2019). "Revisiting the Horizontal Mergers and Innovation Policy Debate", Journal of European Competition Law and Practice, 10(6).

una política industrial encubierta. Sin duda alguna, esta revisión tendrá repercusiones en el control de concentraciones a nivel nacional, y habrá ocasión de valorar sus consecuencias en ediciones futuras de este anuario.

Bibliografía

ANDRADE, G. y STAFFORD, E. 2004. Investigating the economic role of mergers. *Journal of Corporate Finance*, Vol. 10(1).

ASHENFELTER, O., HOSKEN, D. y WEINBERG , M. 2015. Efficiencies brewed: Pricing and consolidation in the US beer industry. *RAND Journal of Economics,* 46(2).

ASKER, J. y NOCKE, V. 2021. Collusion, Mergers, and Related Antitrust Issues, in Ha*ndbook of Industrial Organization*, Vol. 5, n.º 1, Elsevier, pp. 177–279.

AUTOR, D., et al. 2017. Concentrating on the Fall of the Labor Share. *American Economic Review*, 107: 180–85.

AUTOR, D., et al. 2020. The Fall of the Labor Share and the Rise of Superstar Firms. *Quarterly Journal of Economics*, 135 (2).

AZAR, J., MARINESCU, I. y STEINBAUM, M. 2017. Labor Market Concentration. *Journal of Human Resources*.

AZAR, J., EMILIANO HUET-VAUGHN, IOANA MARINESCU, BLEDI TASKA y TILL VON WACHTER. 2024. Minimum Wage Employment Effects and Labor Market Concentration. *The Review of Economic Studies*, Vol. 91 (4.

BALTO, D. y PARKER, R. 2000. The Evolving Approach to Merger Remedies, en FEDERAL TRADE COMMISSION. *Antitrust Report*. Disponible en: https://www.ftc.gov/es/public-statements/2000/05/evolving-approach-merger-remedies.

BARKAI, S. 2020. Declining Labor and Capital Shares.The Journal of Finance, Vol 75 (5).

BERGER, D., HERKENHOFF, K. y MONGEY , S. 2022. Labor Market Power. *American Economic Review, Vol. 112, no. 4*.

BERRY, S., GAYNOR, M. y SCOTT MORTON, F. 2019. Do Increasing Markups Matter? Lessons from Empirical Industrial Organization. *Journal of Economic Perspectives*, 33 (3).

BESANKO, D. y SPULBER , D. 1993. Contested Mergers and Equilibrium Antitrust Policy. *The Journal of Law, Economics, and Organization*, Vol. 9 (1).

BRAGUINSKY, S., ATSUSHI OHYAMA, TETSUJI OKAZAKI Y CHAD SYVERSON. 2015. Acquisitions, productivity, and profitability: evidence from the Japanese cotton spinning industry. *American Economic Review*, 105(7).

COMPTE, O., JENNY, F. Y REY, P. 2002. Capacity Constraints, Mergers and Collusion. *European Economic Review*, 46(1).

CUNNINGHAM, C., EDERER, F. Y MA, S. 2021. Killer Acquisitions. *Journal of Political Economy* , vol. 129 , no. 3.

DE LOECKER, J., EECKHOUT , J. y UNGER , G. 2019. The Rise of Market Power and the Macroeconomic Implications. *The Quarterly Journal of Economics*, Volume 135 (2).

DE LOECKER, J., EECKHOUT, J. y MONGEY, S. 2021. Quantifying Market Power and Business Dynamism in the Macroeconomy. NBER working paper no. 28761.

DELGADO RUIZ-GALLARDÓN, I. 2019. Umbrales de notificación: análisis comparativo entre España y la Unión Europea y los retos de la era digital. Anuario de la Competencia, Fundación ICO, 2019.

DG COMP, European Commission. 2005. *Merger Remedies Study.* Disponible en: https://appliedantitrust.com/13_merger_review/3_remedies_eu/ec_merger_remedies_study10_2005.pdf, Octubre de 2005.

DÍEZ CATALÁN, C. 2018. The Labor Share in the Service Economy. Documento de Trabajo, Universidad de Minnesota, 2018.

DUSO, T., BERNHARDT, L., y PIECHUCKA, J. (2024). The evolution of 'theories of harm'in EU merger control. *Oxford Review of Economic Policy*, *40*(4), 729-762.

ELSBY, M., HOBIJN , B. y SAHIN, A. 2013. The Decline of the U.S. Labor Share. *Quarterly Journal of Economics*, 129: 61–103, 2013.

FEDERAL TRADE COMMISSION. Enero de 2017. *The FTC's Merger Remedies 2006-2012: A Report of the Bureaus of Competition and Economics.* Disponible en: https://www.ftc.gov/system/files/documents/reports/ftcs-merger-remedies-2006-2012-report-bureaus-competition-economics/p143100_ftc_merger_remedies_2006-2012.pdf, Enero de 2017.

FEDERICO, G., LANGUS , G. y VALLETTI , T. 2017. A simple model of mergers and innovation. *Economics Letters*, vol. 157(C), 2017.

GUERRA FERNÁNDEZ, A. y RODRÍGUEZ ENCINAS, A. 2007. La Nueva Ley de Defensa de la Competencia: Principales Novedades. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 18.

GUTIERREZ, G. y PHILIPPON, T. 2016. Investment-less Growth: An Empirical Investigation. *Brookings Papers on Economic Activity*, Fall.

KARABARBOUNIS , L. y NEIMAN, B. 2014. The Global Decline of the Labor Share. *Quarterly Journal of Economics*, 129: 61–103.

MOTTA, M., POLO, M. y VASCONCELOS , H. 2007. Merger Remedies in the European Union: An Overview. *The Antitrust Bulletin* 52 (3-4), 603-631.

OECD. 2016. *Local Nexus and Jurisdictional Thresholds in Merger Control.*

PADILLA, J. 2019. Revisiting the Horizontal Mergers and Innovation Policy Debate. *Journal of European Competition Law and Practice*, 10(6).

PHILIPPON, T. 2019. *The Great Reversal: How America Gave Up on Free Markets.* Harvard University Press.

SDC. 2006. *Informe Anual 2006*.

SLADE, M. 2020. Vertical Mergers: A Survey of Ex Post Evidence and Ex Ante Evaluation Methods. *Review of Industrial Organization*, 58.

TIROLE, J. 2023. *Competition and the Industrial Challenge for the Digital Age.* s.l. : Annual Review of Economics, Vol. 15, pp. 573-605, 2023, Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=4577341 or http://dx.doi.org/10.1146/annurev-economics-090622.

WHINSTON, M. D. 2007. Antitrust Policy toward Horizontal Mergers. *Handbook of Industrial Organization*, vol. 3, Elsevier.

WOLLMANN, T. G. 2019. *Stealth Consolidation: Evidence from an Amendment to the Hart-Scott-Rodino Act. American Economic Review: Insights*, Vol. 1(1).

El control de concentraciones desde la perspectiva española y europea

Autores:

Fernando Díez Estella – Profesor Titular Acreditado de Derecho Mercantil – Universidad Nebrija

Ignacio Jiménez Fernández – Inspector Jefe de Competencia en la Subdirección de Industria y Energía de la Dirección de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia[1] (CNMC)

Resumen:

Los sistemas europeo y español de control de concentraciones constituyen una herramienta preventiva clave para garantizar la libre competencia en los mercados. El presente artículo examina el marco normativo europeo y español, los procedimientos aplicables y la práctica decisoria de la CNMC y de la Comisión Europea, con especial atención a ejemplos recientes. Se abordan también las principales novedades procesales y en relación con las concentraciones en los mercados digitales.

Palabras clave:

concentraciones, política de competencia, CNMC, Unión Europea, mercados digitales

Códigos JEL:

K21; L40; L41; L44

[1] Las opiniones expresadas en el artículo pertenecen a los autores y no representan necesariamente la posición de la institución de la que forman parte.

1. Introducción.

El control de concentraciones se ha consolidado como uno de los instrumentos más sensibles y complejos del Derecho de la Competencia, al situarse en la frontera entre la libertad de empresa y la necesidad de preservar una estructura de mercado que garantice una competencia efectiva. Su carácter preventivo, la creciente sofisticación económica de su análisis y la aparición de nuevos retos, en particular, en mercados digitales, han intensificado el debate sobre su alcance, sus límites y su capacidad real para anticipar riesgos competitivos sin frenar operaciones eficientes o innovadoras.

Este trabajo aborda el régimen de control de concentraciones desde una perspectiva comparada española y europea, analizando su evolución normativa, su funcionamiento práctico y los principales desafíos actuales. En particular, se estructura en torno a las siguientes cuestiones:

- el marco jurídico y la práctica decisoria del control de concentraciones en España, con especial atención a los umbrales de notificación, las fases procedimentales y la práctica decisional de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC);
- el modelo europeo de control de concentraciones, sus fundamentos y su evolución reciente, incluida la revisión de las Directrices de la Comisión Europea;
- los retos específicos que plantean las concentraciones en mercados digitales, como la detección de operaciones relevantes, la competencia potencial y las nuevas teorías del daño;
- y, finalmente, algunas perspectivas de futuro sobre la adecuación del actual sistema de control de concentraciones a un entorno económico cada vez más dinámico y concentrado.

2. Perspectiva española en el análisis de concentraciones

El control de concentraciones constituye un mecanismo preventivo, cuyo propósito no es sancionar conductas anticompetitivas *ex post*, sino anticipar si una fusión o adquisición puede alterar la estructura de un mercado de manera que se obstaculice la competencia efectiva.

Evolución y marco normativo español

El control de concentraciones en España se encuentra regulado en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia (LDC), que sustituyó a la Ley 16/1989. El legislador de 2007 optó por aproximar el sistema español al modelo de la Comisión Europea, tanto en la definición de concentración como en el procedimiento de análisis. A diferencia de la normativa española anterior, la vigente permite que las empresas propongan compromisos y dota a la CNMC de capacidad para aceptarlos o, en su caso, imponer condiciones, lo que ha transformado profundamente la práctica decisoria de la autoridad española.

Desde 2007, el marco normativo se ha mantenido estable, aunque ha sido complementado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia (RDC) y por diversas guías[2] y comunicaciones[3] de la CNMC.

Definición de concentración

A diferencia de la Ley de 1989, que no proporcionaba una definición precisa del concepto de concentración económica, el artículo 7 de la LDC sí lo define. De esta definición conviene resaltar tres elementos esenciales: en primer lugar, debe analizarse qué se entiende por adquisición de control de una empresa sobre otra; en segundo lugar, debe producirse una modificación de la estructura de control preexistente y por último dicha modificación debe tener carácter estable.

Concepto de control

Analizando el primer punto, cabe señalar que el concepto de control relevante a efectos del análisis de concentraciones es puramente fáctico y no formalista. Se entiende por control la posibilidad de ejercer una "influencia decisiva" (art. 7.2 LDC) sobre las actividades de la empresa. No es para ello necesario controlar todas las decisiones de una empresa o llevar a cabo la gestión diaria de la misma, basta con controlar alguna o algunas de las decisiones estratégicas de la empresa (por ejemplo, la fijación del plan de negocios anual de la empresa o el nombramiento de sus directivos).

Este control puede ser tanto de tipo exclusivo, cuando la adquirente pasa a controlar a la adquirida, como conjunto. Se entiende que concurre una situación de control conjunto cuando dos o más empresas han de alcanzar un acuerdo para adoptar las ya mencionadas decisiones estratégicas de la empresa adquirida[4].

La noción de control conjunto no exige, sin embargo, la existencia de un pacto expreso de dirección entre los partícipes, sino que se extiende igualmente a los supuestos de control "negativo" ejercido mediante derechos de veto. En consecuencia, cuando un accionista ostenta la facultad, aunque no llegue efectivamente a ejercerla, de oponerse a determinadas decisiones relevantes para la orientación y posicionamiento de la compañía, debe considerarse que dicho accionista detenta control sobre la misma, ya sea de forma individual o conjunta.

Cambio de control

En relación con el segundo punto, la modificación en la estructura de control suele producirse en casos de fusiones de empresas o de adquisición de participaciones en una sociedad. Sin embargo, también pueden originar una concentración económica otros supuestos, como la

[2] Entre otras, la Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la ley 15/2007.

[3] Entre otras, la Comunicación 1/2022 de 24 de mayo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia sobre la celebración de vista en los procedimientos previstos en la Ley de Defensa de la Competencia.

[4] Un ejemplo reciente de una adquisición de control conjunto se puede ver en C/1581/25 - MONTPLET / CORPFIN / EDS.

conversión del control conjunto en exclusivo (o a la inversa) mediante acuerdos entre socios; la creación de una empresa en participación[5], los cambios en el accionariado en empresas en participación ya existentes; los procesos de desconcentración o segregación de compañías; o la adquisición del control por particulares o directivos de la propia empresa.

Cabe resaltar que el concepto de empresa se interpreta de forma amplia, sin exigir personalidad jurídica. De este modo, se consideran operaciones de concentración la adquisición de ramas de actividad o incluso de activos que, por su entidad, puedan identificarse en el mercado como empresas.

Cambio estable

Por último, para que exista una concentración económica en los términos del artículo 7 de la LDC es necesario que el cambio de control tenga carácter duradero o estable. Cuando se transmite de manera indefinida la propiedad de acciones o activos este punto no resulta problemático, si bien existen algunas situaciones donde podría existir un cambio de control que no perdurara en el tiempo. De este modo, no se consideran concentraciones, por ejemplo, las adquisiciones temporales de participaciones por parte de entidades financieras con vistas a su posterior transmisión, siempre que la falta de permanencia esté claramente acreditada.

La exigencia de estabilidad responde a la necesidad de que el control *ex ante* se aplique únicamente a aquellas operaciones con vocación de permanencia y con capacidad real de alterar las condiciones de competencia en el mercado.

Notificabilidad de las operaciones de concentración

Umbrales de notificabilidad

El sistema español de control de concentraciones articula la obligación de notificar las operaciones de concentración en función de umbrales objetivos, cuya superación no prejuzga en ningún caso los posibles riesgos que la operación puede plantear para la competencia. Estos umbrales se estructuran en dos categorías principales: (i) los basados en cuotas de mercado y (ii) los referidos al volumen de negocios de las partes implicadas.

En primer lugar, conforme al artículo 8.1.a) de la LDC, surge la obligación de notificar cuando, como consecuencia de la operación, una empresa adquiere o incrementa su participación hasta alcanzar una cuota igual o superior al 30% en el mercado nacional (o en un mercado geográfico definido dentro del mismo). Este umbral del 30% cubre no solo los casos de solapamiento directo, sino también situaciones en las que una empresa adquiere el control de otra que ya ostenta una cuota superior a dicho umbral.

Esta regla se complementa con la llamada "excepción de minimis", introducida por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, que exime de la obligación de notificar cuando concu-

[5] Ejemplos recientes de este tipo de operaciones son C/1498/24 – GUALTOSAL / RIF / PUJOL PIRINEUS JV y C/1586/25 - RIBALTA PUJOL / FIASA / CALAF GRUP / GRUPO PUJOL / FORMIGONS.CAT JV.

rren simultáneamente dos condiciones: (i) que el volumen de negocios en España de la empresa adquirida no supere los 10 millones de euros y (ii) que la cuota resultante de la operación no alcance el 50% en cualquiera de los mercados afectados, en el ámbito nacional o en un mercado definido dentro del mismo. La finalidad de esta excepción es aliviar la carga administrativa en operaciones de escasa relevancia competitiva y mejorar la eficiencia del sistema.

Las cuotas se valoran tanto en términos de valor (facturación) como de volumen (indicadores sectoriales como camas hospitalarias, metros cuadrados comerciales, pasajeros, toneladas, kilómetros, número de seguidores o megavatios, según corresponda).

En segundo lugar, el artículo 8.1.b) LDC establece un umbral alternativo de notificación basado en el volumen de negocios. La operación será notificable cuando el volumen de negocios conjunto en España de todos los participantes supere los 240 millones de euros, siempre que el volumen de negocios individual de, al menos, dos de ellos sea superior a 60 millones de euros cada uno. Este criterio busca garantizar que las operaciones con una dimensión económica significativa sean objeto de supervisión, incluso si no se superan los umbrales de cuota de mercado.

La determinación del volumen de negocios y de las cuotas de mercado se rige por las reglas del artículo 5 del RDC, que sigue la lógica de la norma europea. Ello implica, entre otras, la atribución de la facturación a nivel de grupo, reglas específicas para *joint ventures* (con imputación proporcional a sus matrices) y criterios adaptados para sectores como la banca, los seguros o los fondos de inversión.

Una cuestión especialmente relevante es la forma en que se atribuyen las cuotas en operaciones que modifican el tipo de control. Así, los cambios de control conjunto a exclusivo se consideran adquisiciones a efectos jurisdiccionales (de notificación), de modo que puede surgir obligación de notificar incluso aunque los partícipes ya ejercieran conjuntamente influencia decisiva sobre la empresa con anterioridad. En este contexto, surge la controversia sobre la imputación de cuotas en sociedades participadas. Tradicionalmente, la CNMC (y los organismos que la precedieron) ha distinguido entre el análisis jurisdiccional y el análisis sustantivo: mientras que en la fase de verificación de umbrales se ha tendido a imputar de manera proporcional (por ejemplo, el 50% en casos de control conjunto, como en la resolución N-232 AUREA / IBERPISTAS), en el análisis sustantivo de los efectos competitivos se ha optado por imputar a cada cocontrolante el 100% de la cuota de la *joint venture* (como en el expediente C/0127/08 ABERTIS / AVASA). Esta diferencia refleja la necesidad de rigor formal en la determinación de la notificabilidad, frente a un enfoque más económico en la evaluación del impacto sobre la competencia.

Gun jumping

La ejecución de una concentración económica sin autorización previa de la CNMC constituye lo que la doctrina y la práctica decisoria denominan *gun jumping*[6]. De acuerdo con el artículo 9.1 de la LDC, las operaciones que superen los umbrales previstos en el artículo 8 deben notificarse con carácter previo a su ejecución. Asimismo, el artículo 9.2 establece la prohibición

[6] Algunos expedientes sancionadores recientes por objeto de *gun jumping* son, entre otros, SNC/DC/045/24 CAPSA / FLOR DE BURGOS, SNC/DC/112/21 LUXIDA / SANTA CLARA y SNC/DC/ 157 ELECTRA ALTO MIÑO / ACTIVOS ARONIA.

de llevar a efecto la concentración mientras no haya recaído resolución expresa de autorización por parte del Consejo de la CNMC.

En este contexto se enmarca la notificación *ad cautelam*. Según el artículo 55.2 de la LDC, las partes pueden dirigirse a la Dirección de Competencia para esclarecer (i) si la operación proyectada constituye una concentración en los términos del artículo 7, y/o (ii) si dicha concentración supera los umbrales de notificación obligatoria del artículo 8. Este mecanismo dota de seguridad jurídica a las empresas, pues les permite confirmar *ex ante* la necesidad o no de notificar y, de esta forma, las partes evitan el riesgo de incurrir en una infracción del artículo 62.3.b) de la LDC por ejecutar una concentración sin la preceptiva autorización.

No obstante, sin perjuicio de la posible notificación *ad cautelam*, la Dirección de Competencia también puede abrir de oficio diligencias previas para comprobar el carácter notificable de una determinada operación. En el caso de considerarla notificable de acuerdo con los umbrales de la LDC, la consecuencia es la obligación de notificación (art. 9.5 LDC) y la posible incoación de un expediente sancionador por *gun jumping*.

Fases del procedimiento

Prenotificación

En la práctica española, el procedimiento suele iniciarse con la fase voluntaria de prenotificación contemplada en el artículo 56.2 del RDC[7]. Tras la reforma de la LDC del año 2023[8], se incentiva a las empresas para que presenten un borrador de formulario abreviado cuando este resulte aplicable, ya que en ese supuesto el plazo máximo de resolución por parte del Consejo se acorta a quince días hábiles, en contraste con el mes natural que corresponde cuando no se ha realizado prenotificación.

Durante esta etapa, una vez las empresas notificantes remiten a la Dirección de Competencia un borrador del formulario de notificación (ya sea en su versión ordinaria o abreviada), la Dirección de Competencia plantea requerimientos de información para completar el borrador (definición de mercados relevantes, preevaluación de riesgos para la competencia, etc.). Otro de los puntos que la Dirección de Competencia suele estudiar en esta fase es la conveniencia de presentar un formulario abreviado u ordinario.

[7] "El obligado a notificar podrá dirigir a la Dirección de Investigación un borrador confidencial de formulario de notificación con el fin de aclarar los aspectos formales o sustantivos de la concentración […]".

[8] Por medio del Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la reconstrucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea.

Determinación del formulario aplicable

Si bien no es estrictamente una fase del procedimiento, sí es frecuente que sea en la fase de prenotificación cuando la Dirección de Competencia solicite a la notificante la presentación de un formulario ordinario si el borrador presentado corresponde a un formulario abreviado, o viceversa.

Así, en España, el punto de partida es que el formulario abreviado es una opción reservada a operaciones que, a priori, no plantean riesgos y por tanto no requieren toda la información del formulario ordinario.

Puede usarse formulario abreviado cuando concurra alguno de los supuestos del artículo 56.1 LDC y su desarrollo reglamentario (art. 57.1 del RDC): (i) inexistencia de solapamientos horizontales o verticales entre las partes (no operan en el mismo mercado relevante ni en eslabones aguas arriba o aguas abajo), (ii) participación de las partes "de escasa importancia" (criterio que la propia LDC remite al desarrollo reglamentario[9]) en el mismo mercado de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo, (iii) paso de control conjunto a control exclusivo sobre una empresa o parte de empresa ya controlada conjuntamente por el adquirente, y (iv) empresas en participación (*joint ventures*) que no ejercen actividades en España o cuya actividad en España es meramente marginal. Todo ello con el matiz de que el uso del abreviado es facultativo por parte de la notificante y no impide que la autoridad exija el ordinario si fuera necesario para una investigación adecuada.

Por último, el artículo 56.1 de la LDC remite expresamente a esos supuestos "entre otros", lo que ha permitido a la CNMC perfilar, vía Comunicación[10], escenarios adicionales de uso del abreviado cuando, por la naturaleza de la operación, el análisis puede ser sucinto. En particular, la Comunicación de 21 de octubre de 2015 declara que los supuestos legales y reglamentarios no son tasados; ahora bien, exige que, si se invoca el abreviado fuera de los ejemplos típicos, la notificante debe motivar su idoneidad y la Dirección de Competencia debe aceptarla caso por caso.

Por su parte, debe usarse formulario ordinario cuando (aun cumpliéndose en principio los requisitos para el abreviado) la Dirección de Competencia requiera más detalle. El artículo 56.2 de la LDC habilita a exigir el ordinario en cualquier momento si se precisa para investigar adecuadamente. La Comunicación de 2015 ofrece potenciales ejemplos: existencia de restricciones en los contratos de la operación que necesiten un análisis en profundidad para determinar si son accesorias; operaciones susceptibles de generar efectos de conglomerado que puedan restringir significativamente la competencia; y supuestos en los que, tras la

[9] Según el artículo 57.1.b) del RDC, el concepto de "escasa importancia" exige cumplir a la vez dos condiciones. En primer lugar, en caso de solapamientos horizontales, la cuota conjunta no debe superar el 15%; o, si queda por encima del 15% y por debajo del 30%, el aumento de cuota derivado de la operación no debe superar los dos puntos porcentuales. En segundo lugar, en relaciones verticales, ninguna de las partes debe alcanzar, de forma individual o conjunta, el 25% en un mercado de producto verticalmente relacionado, ya sea a nivel nacional o en cualquier ámbito geográfico dentro de España.

[10] Comunicación de la CNMC de 21 de octubre de 2015 sobre los supuestos a los que resulta de aplicación el formulario abreviado previsto en el artículo 56 de la LDC.

derogación del antiguo artículo 17 de la LDC, se considere necesario pedir informes a otros reguladores sectoriales conforme al artículo 55.6 de la LDC.

Asimismo, la Comunicación establece que siempre que la notificante pida el levantamiento de la suspensión de ejecución previsto en el art. 9.6 de la LDC antes de que finalice la primera fase, la solicitud no puede tramitarse por abreviado porque exige información y análisis que el abreviado no contiene; por tanto, la notificación debe hacerse mediante formulario ordinario.

Para todos los casos en los que el formulario ordinario sea exigible, si la notificación se hubiera ya realizado mediante formulario abreviado, el plazo máximo de resolución vuelve a correr desde la presentación del ordinario.

Comunicación de entrada en forma, primera fase y herramientas utilizadas por la Dirección de Competencia durante la misma

Una vez recibida formalmente la notificación[11], el procedimiento se rige por los artículos 57 a 60 de la LDC. Admitida la notificación, se abre la denominada primera fase, cuyo plazo general es de un mes [art. 36.2.a) LDC]. Este plazo, como ya se ha indicado, se reduce a quince días hábiles cuando se utilice el formulario abreviado acompañado de una prenotificación previa [art. 36.2.c) LDC]. Cabe resaltar que, con carácter general, rige el silencio administrativo positivo en primera y en segunda fase en relación con la falta de resolución expresa[12].

Durante la primera fase, la Dirección de Competencia realiza un análisis sustantivo de la concentración propuesta, estudiando en particular los riesgos para la competencia que puede implicar la operación en los mercados relevantes.

A efectos de conocer mejor los mercados afectados y de evaluar los potenciales riesgos, la Dirección de Competencia dispone de la facultad de requerir información a las partes y a terceros, quedando suspendido el procedimiento hasta la recepción de las respuestas correspondientes. Cabe señalar que la falta de respuesta en plazo (generalmente, diez días) por parte de una tercera empresa constituye una infracción grave prevista en el artículo 62 de la LDC que puede ser sancionada con una multa de hasta un 5% del volumen de negocios total en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa.

La Dirección de Competencia también dispone de la facultad de realizar entrevistas (art.39 bis LDC), físicas o telemáticas, de las que se levantará acta por parte de los funcionarios que tomen parte en la misma.

Por último, se puede destacar también la realización en los últimos años de encuestas electrónicas por parte de la Dirección de Competencia. Esta herramienta permite considerar un grupo objetivo de mayor dimensión (típicamente, clientes) con el fin de conocer mejor los

[11] La CNMC dispone de un plazo de diez días para requerir la subsanación de defectos formales sustanciales (art. 55.4 LDC).

[12] Si bien, en la práctica, ninguna concentración se ha autorizado de esta manera ni en primera ni en segunda fase.

mercados afectados. La realización de encuestas va asociada a la posterior incorporación de una nota metodológica al expediente[13].

La empresa notificante puede, por su parte, ofrecer en paralelo compromisos (estructurales o de comportamiento) en el plazo de veinte días desde la notificación (art. 57.2 LDC), lo que faculta al Consejo de la CNMC a ampliar el plazo de resolución en hasta diez días adicionales (art. 69 RDC).

Una vez la Dirección de Competencia eleva al Consejo de la CNMC el informe y la propuesta de resolución (art. 57.1 de la LDC), este puede resolver autorizando la operación, autorizándola con compromisos, archivándola en caso de falta de competencia material, o bien remitiéndola a segunda fase si existen dudas fundadas sobre los efectos restrictivos de la concentración sobre la competencia.

Segunda fase, herramientas utilizadas por la Dirección de Competencia durante la misma y posible intervención del Consejo de Ministros

Cuando la operación es remitida a segunda fase, la instrucción se intensifica. La Dirección de Competencia elabora una nota sucinta sobre la concentración cuya versión no confidencial se hace pública y se remite a terceros con interés legítimo para que presenten sus alegaciones en el plazo de diez días (art. 58.1 LDC). Desde la reforma de la LDC en 2023, el plazo máximo de resolución en esta fase es de tres meses a contar desde la apertura de la misma [art. 36.2.b) LDC].

De nuevo, la Dirección de Competencia puede suspender el plazo mediante requerimientos de información a las partes y terceros operadores en los mismos términos ya señalados para la primera fase. Adicionalmente, en esta segunda fase, el artículo 58.1 de la LDC impone, si fuera el caso, la obligación a la Dirección de Competencia de solicitar informe preceptivo (aunque no vinculante) a la Comunidad Autónoma donde la concentración tuviera una incidencia significativa, debiendo esta responder en un plazo de veinte días[14].

Durante esta fase de instrucción, sin perjuicio de la posible utilización de los instrumentos ya expuestos para la primera fase (entrevistas y encuestas), en los últimos años se han puesto en marcha herramientas novedosas tanto para profundizar en la investigación (requerimiento de buzones corporativos con indicación de palabras clave) como para garantizar los derechos de las partes en el procedimiento (vista oral y sala de datos).

En cuanto a la primera herramienta mencionada, esta opera como un requerimiento de información en el que se solicitan a la notificante y/o a la adquirida los buzones corporativos de los directivos o personal de la empresa directamente involucrado en la planificación, diseño

[13] Recientemente, se han utilizado encuestas en expedientes tales como C/1336/22 - BSC / M.I. TECH, C/1424/23 - SMURFIT BULGARIA / ARTEMIS BIB o C/1480/24 - BONDALTI CHEMICALS / ERCROS.

[14] Como ejemplo reciente, se puede mencionar el expediente C/1501/24 - CURIUM / IRAB, en el que la Dirección de Competencia consultó a la Autoridad Catalana de la Competencia (https://acco.gencat.cat/ca/detall/article/20251006-ndp-concentracio-curium-irab).

y ejecución de la operación de concentración, previo filtro a partir de unas determinadas palabras clave proporcionadas por la Dirección de Competencia[15].

En cuanto a los hitos procesales cuyo objeto es la garantía de los derechos de las partes, el artículo 68 del RDC prevé la posibilidad de vistas orales con el fin de que las partes expongan su visión sobre la operación de concentración correspondiente al Consejo de la CNMC[16].

Por su parte, la sala de datos es un procedimiento *ad hoc* que busca un compromiso entre los derechos de confidencialidad de los terceros cuyos datos han sido utilizados en el marco de un determinado análisis económico y el derecho de los interesados[17] en conocer los fundamentos técnicos de dicho análisis (y comprobar que no se hayan realizado de manera errónea). Así, se crea una sala de datos (*data room*) en la que se pone a disposición de asesores externos de los interesados aquella información confidencial utilizada en el análisis económico con el fin de que se verifique su utilización técnicamente adecuada por parte de la Dirección de Competencia[18].

En esta fase también cabe la presentación de compromisos por las empresas notificantes, con la consecuencia de ampliación del plazo de resolución hasta quince días adicionales (art. 59 de la LDC y art. 69 del RDC).

La resolución final del Consejo puede autorizar la concentración, autorizarla con compromisos, autorizarla con condiciones[19] o prohibirla en caso de que se concluya que produce un obstáculo significativo a la competencia efectiva (art. 58 LDC).

Aquí cabe destacar que el régimen de autorización con condiciones es una de las diferencias más significativas con el régimen comunitario. A este respecto, resulta oportuno recordar la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el ámbito de control de concentraciones (sentencias de 7 de noviembre de 2005 dictadas en los asuntos 32, 33, 37, 64 y 65/2003, en las que se desestimaron los correspondientes recursos contra los Acuerdos de Consejo de Ministros de 29 de noviembre de 2002 relativos a la concentración SOGECABLE / VIA DIGITAL), confirmando que la "prohibición únicamente ha de ser adoptada cuando sea imposible la imposición de condiciones que resuelvan los problemas de competencia detectados". Asimismo, estableció el Tribunal Supremo que las condiciones que en su caso se impongan, deben ser proporcionadas a los problemas de competencia detectados, teniendo la CNMC, no obstante, un cierto margen de discrecionalidad para elegir, entre varias soluciones posibles, aquella que considere más adecuada para salvaguardar la competencia efectiva preexistente a la operación de concentración.

[15] Recientemente, esta herramienta ha sido utilizada en el expediente C/1424/23 - SMURFIT BULGARIA / ARTEMIS BIB.

[16] Recientemente, se han realizado vistas en los expedientes C/1501/24 - CURIUM / IRAB y C/1480/24 - BONDALTI CHEMICALS / ERCROS.

[17] La condición de interesado se solicita, según el artículo 66 de la LDC, con la apertura de la segunda fase, si bien en la práctica esta condición ha venido otorgándose únicamente a las partes en el procedimiento.

[18] Este procedimiento ha sido utilizado recientemente en la operación C/1480/24 - BONDALTI CHEMICALS / ERCROS.

[19] Un ejemplo reciente de autorización con condiciones es C/1479/24 - ESSECO / ERCROS.

Recientemente se ha prohibido la primera operación desde que entró en vigor la nueva LDC de 2007[20].

Por último, excepcionalmente, el Gobierno puede intervenir por razones de interés general distintas de la defensa de la competencia, tales como seguridad, salud, protección del medio ambiente o promoción de proyectos estratégicos. Conforme al artículo 60 LDC, el Ministro competente dispone de quince días desde la resolución del Consejo en segunda fase para elevar la operación al Consejo de Ministros. Este órgano dispone, a su vez, de un mes para decidir y puede confirmar la resolución del Consejo de la CNMC o autorizar la operación (con o sin condiciones). Por tanto, se deduce que en ningún caso el Consejo de Ministros puede prohibir una operación previamente autorizada por la CNMC.

En la práctica, este supuesto ha sido utilizado dos veces hasta el momento actual[21].

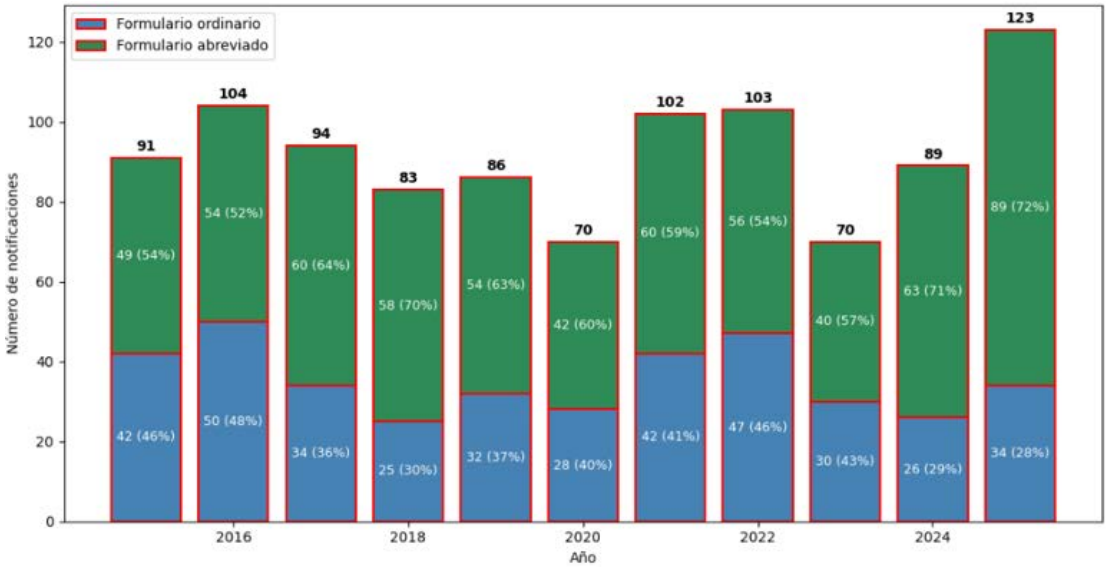
Estadísticas sobre concentraciones en España

A título informativo, se presentan algunas estadísticas sobre concentraciones analizadas por la CNMC. En el gráfico 1 se presentan las operaciones notificadas por año y tipo de formulario entre 2015 y 2025. Cabe destacar 2025 como año récord en número de concentraciones presentadas a la CNMC desde la entrada en vigor de la LDC el 1 de septiembre de 2007. También se aprecia una tendencia creciente desde 2022 en el porcentaje de operaciones notificadas mediante formulario abreviado.

[20] C/1501/24 - CURIUM / IRAB. Con la anterior Ley sí existen precedentes: el Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) propuso al Consejo de Ministros la prohibición de las operaciones TELEFÓNICA / IBERBANDA (diciembre de 2005) y GAS NATURAL / ENDESA (enero de 2006). Anteriormente, en 1999, el TDC también había recomendado prohibir la adquisición de control conjunto de GAS ARAGÓN por ENDESA y GAS NATURAL, así como la integración de las autorizaciones administrativas de distribución de gas de MEGASA (grupo ENDESA) en el grupo GAS NATURAL (C-38/99). El Gobierno siguió las recomendaciones del TDC en los casos de 1999 y de TELEFÓNICA / IBERBANDA, mientras que en GAS NATURAL/ ENDESA se apartó de su propuesta y autorizó la operación sujeta a condiciones.

[21] En primer lugar, en la operación C/0432/12 - ANTENA 3/LA SEXTA para rebajar por parte del Consejo de Ministros las condiciones impuestas por el Consejo de la extinta Comisión Nacional de la Competencia; y, en segundo lugar, más recientemente, en la operación C/1470/24 - BBVA / BANCO SABADELL, donde se impusieron condiciones adicionales por parte del Consejo de Ministros a una operación que había sido previamente autorizada con compromisos por el Consejo de la CNMC.

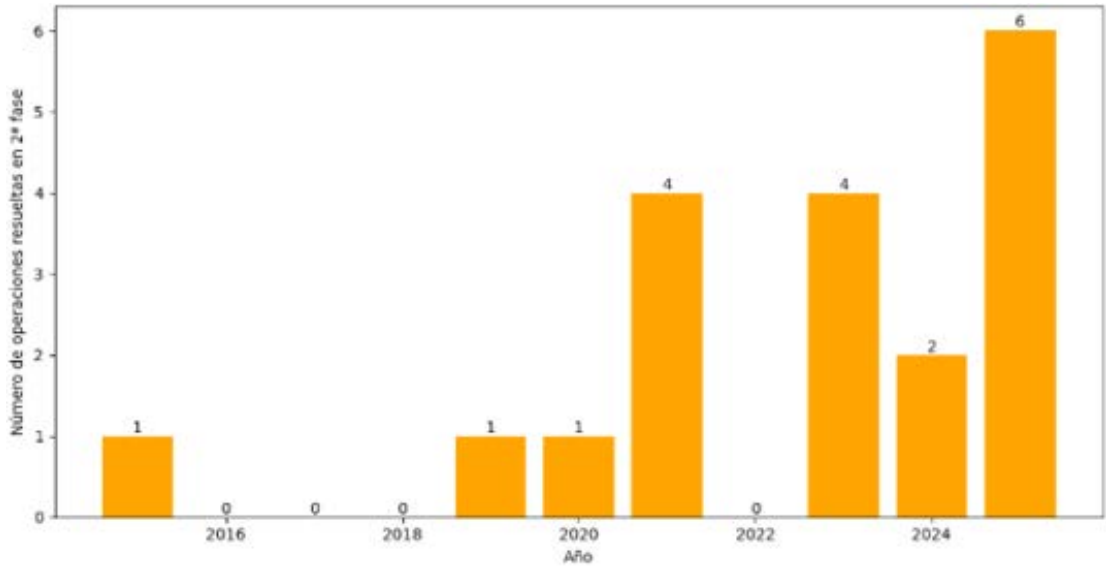
Gráfico 1.
Notificaciones de operaciones de concentración presentadas por año y tipo de formulario (2015-2025).



Fuente: CNMC (2026).

Asimismo, en el gráfico 2 se presta atención al creciente número de operaciones analizadas en segunda fase (16 en los últimos 5 años frente a 3 en los 6 anteriores), lo que pone de manifiesto un mayor grado de complejidad en cuanto a las operaciones analizadas por la CNMC.

Gráfico 2.
Operaciones de concentración resueltas en segunda fase por año (2015-2025)



Fuente: CNMC (2026).

Por último, en la tabla 1 se computan el número de resoluciones del Consejo de la CNMC adoptadas en 2025, destacando, en primer lugar, la primera prohibición desde la entrada en vigor de la LDC a la que ya se ha hecho mención con anterioridad[22], y, en segundo lugar, el hecho de que el 87% de las resoluciones consistieron en autorizaciones en primera fase sin compromisos.

Tabla 1.
Resoluciones del Consejo de la CNMC en 2025

1ª Fase		
Acuerdo inicio 2ª fase	8	6,1%
Archivo	2	1,5%
Autorización 1ª fase con compromisos	1	0,8%
Autorización en 1ª fase	114	87,0%
TOTAL 1ª Fase	**125**	**95,4%**
2ª Fase		
Autorización 2ª fase con compromisos	3	2,3%
Autorización 2ª fase con condiciones	2	1,5%
Prohibición concentración	1	0,8%
TOTAL 2ª Fase	**6**	**4,6%**
TOTAL RESOLUCIONES	**131**	**100%**

Fuente: CNMC (2026).

3. La perspectiva europea

Los orígenes: breve síntesis del Reglamento 139/2004

El Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas[23], constituye el pilar normativo de la Unión Europea en materia de concentraciones con dimensión comunitaria[24]; sustituye al Reglamento (CEE) n.º 4064/89 y refuerza el modelo centralizado de control preventivo de operaciones de fusión, adquisición y otras formas de integración estructural entre empresas. Tiene como objetivo garantizar que las concentraciones económicas no obstaculicen significativamente la competencia efectiva en el mercado interior. Esta finalidad adquiere especial relevancia en contextos de crisis empresarial, como los abordados mediante planes de reestructuración o procesos de OPA[25]. En tales escenarios, el Derecho de la Competencia se convierte en un filtro

[22] C/1501/24 - CURIUM / IRAB.
[23] DOUE núm. 24, de 29 de enero de 2004, páginas 1 a 22.
[24] *Vid.*, con carácter general: BRIONES, J.; FOLGUERA, J.; FONT, A. y NAVARRO, E.: *Merger Control in the European Union: law, economics and practice* (2ª ed.), Nueva York/Oxford, 2025.
[25] Sobre esta cuestión particular, permítase la referencia a GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y DÍEZ ESTELLA, F.: Tema 10. OPAs y Control de Concentraciones, en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir): *Manual de reestructuraciones empresariales*, Ed. Aranzadi, Madrid 2025, pp. 251-274.

clave para validar o limitar operaciones estructurales, incluso cuando se persigue preservar la viabilidad de empresas en dificultades.

El artículo 3 del Reglamento define el concepto de concentración como toda operación que provoque un cambio duradero en el control de una o varias empresas. Ello incluye la fusión de dos o más empresas anteriormente independientes, la adquisición directa o indirecta de control sobre la totalidad o parte de otra empresa, o incluso la creación de una empresa en participación (*joint venture*) que ejerza de forma duradera todas las funciones de una entidad autónoma. Este concepto amplio permite abarcar una diversidad de operaciones estructurales, incluyendo compras de activos, escisiones o integraciones de unidades de negocio viables.

El Reglamento 139/2004 sólo se aplica a las concentraciones que superen determinados umbrales cuantitativos de facturación, indicativos de su "dimensión comunitaria", calculados en función de los llamados umbrales principales (art. 1.2): volumen de negocios mundial conjunto de todas las empresas afectadas superior a 5.000 millones de euros y volumen de negocios individual en la Unión Europea (UE) de al menos dos de las empresas superior a 250 millones de euros, o los umbrales secundarios (art. 1.3): volumen de negocios mundial conjunto superior a 2.500 millones de euros; volumen de negocios en al menos tres Estados miembros superior a 100 millones de euros (cada uno); volumen de negocios en cada Estado miembro de al menos dos de las empresas superior a 25 millones de euros; y volumen de negocios en la UE de al menos dos empresas superior a 100 millones de euros. Las concentraciones que no alcanzan estos umbrales pueden estar sujetas al control de los Estados miembros, como ocurre en España con la CNMC. El criterio de dimensión delimita competencias de jurisdicción, pero no afecta a la definición sustantiva de concentración.

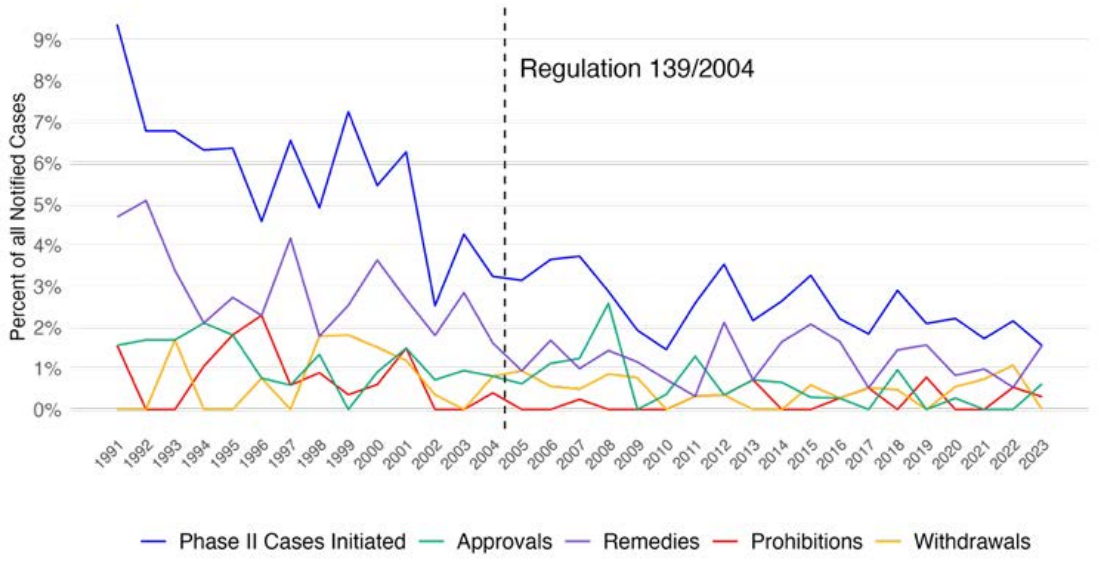
El Reglamento prevé tres mecanismos de cooperación y remisión de expedientes entre la Comisión Europea y los Estados miembros: (1) el descendente (art. 9), en virtud del cual la Comisión puede remitir una operación a una autoridad nacional si el efecto principal se produce en un Estado miembro; (2) la remisión ascendente (art. 22), por la que uno o varios Estados miembros pueden solicitar a la Comisión que examine una operación sin dimensión comunitaria, pero que afecte a la competencia en su territorio; y (3) la solicitud previa (arts. 4.4 y 4.5), por la que las partes pueden solicitar que la Comisión o los Estados asuman competencia antes de la notificación formal. Estos mecanismos son esenciales cuando se trata de operaciones que involucran activos situados en varios Estados o cuando una reestructuración puede tener efectos transfronterizos relevantes. En el caso de empresas en crisis con filiales en distintos países, estas disposiciones permiten canalizar eficazmente el control hacia la autoridad más adecuada.

El criterio central de evaluación es si la concentración impide de forma significativa una competencia efectiva (*Significant Impediment to Effective Competition* –"SIEC"-), en particular por la creación o refuerzo de una posición dominante. La Comisión Europea aplica técnicas económicas y de análisis de mercado para valorar básicamente tres tipos de efectos: horizontales (entre competidores directos), verticales (proveedores-clientes) o los llamados efectos conglomerados. Para paliar el potencial efecto anticompetitivo de estos efectos el Reglamento 139/2004 permite autorizar (art. 8.2) concentraciones sujetas a compromisos estructurales o conductuales. Estos compromisos pueden consistir, entre otras cosas, en

desinversión de activos, acceso a infraestructuras esenciales u obligaciones de suministro a terceros.

Como acreditan las estadísticas publicadas por la propia Comisión Europea, desde la aprobación del Reglamento 139/2004 ha descendido notablemente el número de "intervenciones" en el ámbito del control de concentraciones:

Gráfico 3.
Porcentaje de decisiones de Fase 2 en relación con asuntos notificados



Fuente[26]: Comisión Europea, *Merger statistics* (2023).

A la vez, se aprecia que esta tendencia a la "mínima intervención" ha coincidido en los últimos años con un crecimiento y expansión (en parte precisamente a operaciones de concentración) de las grandes compañías digitales, y el debate ahora se centra en cuestionarse si han adquirido demasiado poder.

El momento actual: la revisión de las *Directrices* sobre Concentraciones

Como es bien sabido, hace unos meses la Comisión Europea ha lanzado una consulta pública de revisión de las Directrices sobre Concentraciones, que ha abarcado tanto las directrices sobre la evaluación de las concentraciones entre competidores reales o potenciales en el mismo mercado de referencia (las *Directrices sobre las concentraciones horizontales* de 2004[27]) como las relativas a la evaluación de las concentraciones entre empresas que operan

[26] https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/statistics_en

[27] Directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO C 31 de 5.2.2004, pp. 5–18.

en diferentes niveles de la cadena de suministro (las *Directrices sobre las concentraciones no horizontales* de 2008[28]).

Los resultados de la consulta pública se publicaron[29] en el mes de octubre de 2025, y del resumen ejecutivo que la propia Comisión Europea ha elaborado destacamos los siguientes aspectos clave: 1) La necesidad urgente de modernizar las directrices para abordar los elementos dinámicos, la innovación y la digitalización, adoptando un enfoque prospectivo (*forward-looking*); 2) La insuficiencia de las Directrices actuales para proporcionar seguridad jurídica, transparencia y eficiencia; y, 3) El requisito de integrar las políticas y objetivos estratégicos más amplios de la UE (como la sostenibilidad, la seguridad y la resiliencia).

En el plano de las operaciones de carácter horizontal, las *Directrices* tienen como objetivo principal proporcionar orientación sobre el modo en que la Comisión Europea evalúa las concentraciones entre empresas que son competidoras reales o potenciales en el mismo mercado de referencia, denominadas "concentraciones horizontales". La evaluación se realiza conforme al Reglamento 139/2004, buscando determinar si la concentración es compatible con el mercado común. Esto implica analizar si la operación "obstaculizará de forma significativa la competencia efectiva", especialmente a causa de la "creación o el refuerzo de una posición dominante" en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

La evaluación de la Comisión comienza con la definición de los mercados de referencia (productos y geográfico), seguida de una valoración de la concentración desde el punto de vista de la competencia. Como indicadores preliminares de la estructura del mercado, la Comisión recurre a las cuotas de mercado y al *Índice Herfindahl-Hirschman* (IHH). El IHH mide el grado de concentración global y su cambio ("delta") tras la fusión. La incompatibilidad de una concentración con el mercado común surge cuando se concluye que hay una posición dominante. Las concentraciones horizontales pueden obstaculizar la competencia de dos maneras esenciales: mediante "efectos no coordinados" (eliminando presión competitiva y permitiendo a una empresa, generalmente con una cuota de mercado muy superior, incrementar su poder de mercado unilateralmente), o mediante "efectos coordinados" (cambiando la naturaleza de la competencia de modo que se haga más probable, estable o efectiva la coordinación entre empresas que, juntas, crean o refuerzan una posición dominante colectiva). La probabilidad de efectos no coordinados se eleva si las empresas fusionadas son competidores inmediatos, sus cuotas de mercado son elevadas, o si tienen la capacidad de impedir la expansión de sus rivales.

Para contrarrestar los posibles efectos anticompetitivos, la Comisión considera factores compensatorios, como el poder de la demanda o poder de negociación de los clientes, o la entrada de nuevos competidores. Además, la Comisión examina las eficiencias alegadas por las partes, que podrían contrarrestar los efectos perjudiciales para la competencia. Para ser consideradas, deben ser sustanciales, verificables, inherentes a la concentración y, sobre todo, deben beneficiar a los consumidores de forma que se produzca un beneficio neto.

[28] Directrices para la evaluación de las concentraciones no horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, DO C 265 de 18.10.2008, pp. 6–25.

[29] Disponible en: https://competition-policy.ec.europa.eu/mergers/review-merger-guidelines_en

En respuesta a la consulta pública llevada a cabo por la Comisión, se han señalado -desde el punto de vista económico- los siguientes aspectos clave, en gran parte relacionados con la necesidad de mantener un régimen de control de concentraciones en la UE firmemente anclado en un estándar de bienestar del consumidor ("consumer welfare standard"). Las *Directrices* actuales generalmente proporcionan un marco analíticamente sólido y, en lugar de una revisión total, propone modificaciones y aclaraciones específicas, siempre enfocándose en casos donde exista una teoría del daño (ToH) coherente y bien fundamentada[30] que identifique un obstáculo significativo a la competencia efectiva (SIEC).

En cuanto a los beneficios de las concentraciones y las eficiencias, sobre todo desde una perspectiva económica se subraya que las *Directrices* revisadas deben reflejar todas las formas en que las fusiones pueden beneficiar a los consumidores. Esto incluye explícitamente los beneficios a largo plazo derivados de una mayor inversión o innovación, en línea con el Informe Draghi. En este sentido, se debe dar peso no solo a las reducciones en los costes variables sino también a los costes fijos, ya que estos pueden mejorar el retorno de la inversión y la innovación, haciendo más atractivas la entrada y la expansión. Además, se debe otorgar crédito a las eficiencias fuera del mercado ("out-of-market efficiencies") que beneficien a los consumidores cuando sean significativas. Respecto a los estándares de prueba, las eficiencias que las empresas aleguen deben evaluarse bajo el mismo estándar de prueba ("balance of probabilities" o "more likely than not") aplicado al daño competitivo, eliminando la asimetría actual que exige una certeza casi absoluta para las eficiencias.

Un aspecto central que se ha destacado es la oposición a que los indicadores estructurales sustituyan una ToH basada en hechos, evitando introducir presunciones estructurales refutables para encontrar un SIEC. Si bien los indicadores estructurales (como las cuotas de mercado o el IHH) pueden seguir utilizándose como filtros preliminares o puertos seguros indicativos, no deben reemplazar un análisis sólido, específico del mercado y basado en una ToH coherente. En el contexto de la innovación, se exige un enfoque neutral y específico para cada caso, rechazando la presunción de que las fusiones dañan la innovación. Además, los efectos positivos de la innovación (como la mayor "apropiabilidad" y sinergias de I+D) deben evaluarse como parte del análisis competitivo principal y no ser relegados a una defensa de eficiencia separada.

Respecto a las fusiones no horizontales (verticales y conglomeradas), deben evaluarse utilizando un marco distinto del horizontal debido a sus diferentes características económicas, manteniendo el marco de "capacidad-incentivo-efectos" ("ability-incentive-effects framework"). Se ha argumentado desde hace ya tiempo que las fusiones no horizontales son una fuente intrínseca de eficiencias (como la eliminación del doble margen) y que por tanto deben evaluarse como parte del análisis de "efectos", y no bajo una defensa de eficiencia separada. Finalmente, en relación con la sostenibilidad y la pluralidad de los medios, algunas de las respuestas consultadas destacan que el control de concentraciones debe seguir centrándose en el mercado y el bienestar del consumidor, siendo la legislación laboral o de políticas

[30] *Vid.*, por ejemplo, las sugerentes propuestas que a este respecto se contienen en VALETTI, T.: "The Innovation Theory of Harm in Merger Control: Some Clarifications", *Economic Letters*, Vol. 255, September 2025, p. 112556.

específicas los instrumentos correctos para abordar las preocupaciones de los trabajadores o la pluralidad mediática.

El nuevo reto: las operaciones de concentración en mercados digitales

El régimen de control de concentraciones en la Unión Europea se enfrenta a retos significativos en su aplicación a los mercados digitales[31], principalmente debido a la naturaleza dinámica y a las características estructurales de estas economías. El desafío más evidente reside en la detección de transacciones relevantes que escapan al escrutinio de las autoridades. La normativa europea de control de concentraciones contenida en el Reglamento 139/2004 se basa principalmente, como hemos visto en epígrafes precedentes, en umbrales de volumen de negocios. Sin embargo, en el sector digital, los grandes operadores (generalmente plataformas) tienden a adquirir empresas pequeñas e innovadoras ("start-ups" o empresas nacientes). Estas empresas a menudo tienen un alto potencial competitivo futuro o innovador, pero un volumen de negocios muy bajo o inexistente, lo que provoca que las operaciones, a pesar de sus efectos potencialmente lesivos para la competencia, no superen los umbrales legalmente establecidos y pasen inadvertidas[32] (un "gap" o vacío de cumplimiento).

Un segundo conjunto de desafíos se centra en la evaluación sustantiva de estas fusiones, lo que ha impulsado el desarrollo de nuevas teorías del daño. Las características intrínsecas de los mercados digitales, como los fuertes efectos de red, las economías de escala y de aprendizaje, y las estrategias de "winner-takes-it-all" (el ganador se lleva todo), facilitan la concentración y amplifican los efectos anticompetitivos, incluso en adquisiciones pequeñas o tangenciales. Esto requiere que las autoridades adopten una perspectiva dinámica que analice no solo la competencia actual, sino también la competencia potencial. La teoría más debatida en este contexto es la de las "*killer acquisitions*" (adquisiciones asesinas), donde una empresa establecida compra a un rival potencial o innovador para neutralizar una amenaza futura y reducir la innovación. La evaluación de esta pérdida de competencia potencial incrementa la incertidumbre, ya que implica estimar la probabilidad y el impacto de la entrada de un rival en un escenario hipotético (análisis contrafactual o escenario "but for").

En tercer lugar, los mercados digitales plantean problemas complejos en cuanto a la definición del mercado relevante y en la comprensión de las teorías de daño. Las plataformas digitales suelen operar en mercados de múltiples caras o en mercados de precio cero, donde el uso de cuotas de mercado basadas en ingresos puede subestimar o sobrestimar el poder real, haciendo necesario el uso de métricas alternativas como el número de usuarios o dispositivos. Un reto particular es la comprensión de los efectos de ecosistema y la acumulación

[31] *Vid.* un excelente estudio de esta cuestión en ALLENDESALAZAR, R. (2020): Capítulo 20. Plataformas digitales y big data: retos para el Derecho de la competencia. Especial referencia al control de concentraciones, en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir.): *Anuario de Derecho de la Competencia 2020*, Ed. Thomson Civitas Aranzadi, Madrid, 2020.

[32] BUESO GUILLÉN, P.: Capítulo 9. Umbrales de notificación de concentraciones económicas en mercados digitales: déficit y alternativas para su revisión, en CACHAFEIRO GARCÍA, F. (Dir): *El Derecho de la Competencia en la era del Big Data*, Ed. Aranzadi, Madrid 2025, pp. 287-318.

de datos[33], siendo esta última cuestión la gran protagonista del análisis en las mediáticas operaciones *Google/DoubleClick*[34] o *Facebook/WhatsApp*[35], y las más recientes *Apple/Shazam*[36] o *Google/Fitbit*[37].

Las grandes plataformas digitales pueden utilizar la adquisición de activos para fortalecer su posición dominante mediante la combinación de conjuntos de datos o para apalancar el poder de mercado de un servicio central (como un motor de búsqueda) hacia mercados adyacentes, incentivando el "lock-in" de los usuarios en su "jardín vallado" (*walled garden*) y levantando barreras de entrada para los competidores.

Para abordar estos retos, la UE ha expandido su conjunto de herramientas ("toolkit"), a través de una serie de nuevos instrumentos, aunque no todos han tenido el éxito deseado. Una primera aproximación fue la reinterpretación del mecanismo de remisión del Artículo 22 del Reglamento de Concentraciones, para permitir a los Estados miembros solicitar a la Comisión Europea que revise transacciones que no cumplen los umbrales de notificación, con el objetivo de captar operaciones en las que el volumen de negocios no refleja el potencial competitivo de la empresa. Esta nueva política, como veremos en detalle seguidamente, ha sido desechada a partir de lo ocurrido en el asunto *Ilumina/Grail*. Un segundo enfoque ha venido de mano de la Ley de Mercados Digitales (DMA), que impone a los *gatekeepers* la obligación de informar a la Comisión Europea (CE) sobre cualquier concentración en el sector digital, independientemente de si es notificable o no, facilitando así la detección de casos aptos para la remisión bajo el Artículo 22.

A pesar de la complejidad de estos mercados, la CE sostiene que debe aplicarse el mismo estándar de prueba (el balance de probabilidades) a todas las fusiones, si bien se ha visto obligada a desarrollar un análisis cada vez más sofisticado y dinámico de las teorías del daño. Se examinarán, a continuación, tres operaciones de concentración en mercados digitales resueltas por la CE en fechas recientes, que cada una de ellas ejemplifica a la perfección rasgos prominentes de las virtudes y debilidades del modelo vigente en la UE.

El caso Microsoft/Activision Blizzard: ¿un nuevo paradigma en el 'merger control' en la UE?

La Decisión de la Comisión Europea que en 2023 aprobó[38] la concentración entre Microsoft y Activision Blizzard sigue el marco tradicional del Reglamento 139/2004, pero introduce elementos analíticos novedosos, particularmente en relación con los mercados emergentes

[33] Sobre esta cuestión concreta puede examinarse el reciente trabajo de PASTRANA ESPÁRRAGA, M.: La acumulación de datos como consecuencia de una concentración, ¿crea o refuerza una posición dominante?, en CACHAFEIRO GARCÍA, F. (Dir): *El Derecho de la Competencia en la era del Big Data*, Ed. Aranzadi, Madrid 2025, pp. 319-343.

[34] Decisión de la CE, de 11 de marzo de 2008 (COMP/M.4731 – *Google / DoubleClick*).

[35] Decisión de la CE, de 13 de octubre de 2014 (COMP/M.7217 – *Facebook / WhatsApp*).

[36] Decisión de la CE, de 6 de septiembre de 2018 (COMP/M.8788 – *Apple/Shazam*).

[37] Decisión de la CE, de 17 de diciembre de 2020 (COMP/M.9660 – *Google/Fitbit*).

[38] Decisión de la CE, de 15 de mayo de 2023 (COMP/M.10646 – *Microsoft/Activision Blizzard*).

de juegos en la nube, y es por ello un paradigma de la aplicación del régimen vigente a un entorno novedoso.

En efecto, la Comisión estructura su análisis conforme al artículo 2(3) del Reglamento de Concentraciones, evaluando si la operación obstaculizaría de forma significativa la competencia efectiva en el mercado interior o una parte sustancial de este, en particular como resultado de la creación o refuerzo de una posición dominante. Este enfoque incluye, como hemos visto en apartados precedentes: (1) Definición de mercados relevantes (consolas, PCs, juegos en la nube, etc.); (2) Evaluación de efectos horizontales, verticales y conglomerado; (3) Análisis de capacidad, incentivo y efecto para cerrar el acceso de competidores a contenidos clave.

Donde sí hay una cierta innovación es en el análisis del mercado de juegos en la nube (*cloud gaming*), como un segmento incipiente. En efecto, por un lado la Comisión reconoce la naturaleza dinámica y aún en desarrollo del mercado, lo cual requiere un enfoque prospectivo y flexible (considerando escenarios futuros de crecimiento y estrategias de plataformas digitales). Y, por otro, aplica un análisis de "cierre de mercado" (*foreclosure*) teórico a partir del contenido de Activision como input esencial para servicios de juegos en la nube, aun cuando este mercado no está consolidado.

Este tipo de análisis representa una extensión del marco tradicional, con elementos que podrían calificarse como de nuevas teorías del daño en mercados digitales emergentes. Así, se examina si Microsoft tendría el incentivo y la capacidad para impedir que rivales accediesen a juegos clave de Activision en servicios en la nube, lo que podría perjudicar la innovación y el crecimiento de un mercado competitivo en esta nueva modalidad.

Por ello, aunque no se aparta del marco "clásico" contenido en el Reglamento 139/2004, la Decisión de la Comisión Europea adapta sus herramientas analíticas a las particularidades del entorno digital, especialmente en lo que respecta a mercados no consolidados, pero estratégicamente relevantes. Esta adaptación puede entenderse como una evolución del marco tradicional, más que una ruptura con él, y desde luego un punto de partida para un posible cambio de paradigma en el análisis de este tipo de operaciones en el futuro.

La saga Ilumina/Grail

La Comunicación[39] de la Comisión Europea de *Orientaciones sobre la aplicación del mecanismo de remisión establecido en el artículo 22 del Reglamento de concentraciones a determinadas categorías de casos*, que no superen el umbral necesario para tener "dimensión comunitaria", pretendía atribuir a la CE competencia objetiva para evaluarlos por su potencial anticompetitivo, tan característico de los nuevos ecosistemas digitales.

El primer asunto que la CE evaluó bajo este nuevo régimen, la operación de concentración *Ilumina/Grail*, terminó con la retirada de dicha Comunicación, y la propia evaluación de la CE ha sido duramente criticada por algunos expertos[40].

[39] Comunicación C/2021/1959, DO C/113, de 31 de marzo de 2021, pp. 1–6.

[40] MARINAS SERRA, V.: "El caso Ilumina/Grail: ¿un viaje a ninguna parte?", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 66, Diciembre 2024, pp. 273-279.

Cuando en septiembre de 2020, *Illumina*, una empresa de biotecnología estadounidense anunció su intención de adquirir *Grail*, otra empresa estadounidense que era una *start-up* de pruebas de detección temprana multicáncer, por 8.000 millones de dólares, la operación no cumplía con los umbrales de notificación para ser revisada ni por la CE ni por ningún Estado miembro (EE. MM.) o Estado parte del EEE, por lo que solo se notificó en Estados Unidos.

Ante la preocupación de que concentraciones como las llamadas *killer acquisitions* pudieran escapar al control, la CE decidió actuar de manera ciertamente inusual: se dirigió a las Autoridades Nacionales de Competencia (ANC) de los 27 Estados Miembros pidiéndoles que le remitieran el caso para poder analizar la operación. La autoridad francesa, y posteriormente las de Bélgica, Países Bajos, Grecia, Islandia y Noruega, se adhirieron a esta solicitud. Esta acción supuso una reinterpretación del mecanismo de remisión previsto en el Artículo 22 del Reglamento de Concentraciones, ya que tradicionalmente la CE solo admitía remisiones de ANCs si estas tenían jurisdicción sobre la concentración (es decir, si se cumplían los umbrales nacionales de notificación en el Estado miembro solicitante). En este caso, la CE aceptó la remisión a pesar de que los Estados solicitantes no tenían jurisdicción.

La CE informó a las partes de la obligación de suspender la ejecución de la operación (el *standstill*), a pesar de que las partes recurrieron la decisión ante el Tribunal General de la UE (TG), que falló[41] a favor de la CE, considerando que era competente para revisar la Operación y que la solicitud de remisión no era extemporánea, aunque calificó el *timing* de la CE como "irrazonable". En paralelo, la CE ordenó la suspensión, impuso una multa sin precedentes de más de 432 millones de euros por no suspender la operación (*gun jumping*), y multó simbólicamente (1.000 euros) a Grail por su papel activo en la ejecución.

Por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) anuló[42] la sentencia del TG y las decisiones de la CE que aceptaron las solicitudes de remisión. Determinó además que el Artículo 22 no confiere a la CE la facultad de revisar operaciones que no cumplen los requisitos de notificación en los EE. MM. solicitantes, ya que la interpretación de la CE ponía en peligro la eficacia, previsibilidad y la seguridad jurídica que deben garantizarse a las partes. Aclaró además que el Artículo 22 tiene como fin corregir el reparto de competencias (sustitución de la jurisdicción nacional por la europea), pero esta sustitución presupone que la normativa nacional *no excluya* la competencia de la ANC, lo que sí ocurría al estar la operación por debajo de los umbrales nacionales. Finalmente, el TJUE negó que el Artículo 22 pudiera ser un "mecanismo corrector" para subsanar las deficiencias de un sistema de control de concentraciones basado en umbrales de volumen de negocios.

La sentencia del TJUE en el caso *Illumina/Grail* ha tenido implicaciones muy significativas en la política de competencia europea, principalmente al devolver la seguridad jurídica a las operaciones de M&A y al redirigir las vías por las cuales la CE y las ANCs pueden con-

[41] STG de 13 de julio de 2022, As. T-227/21 *Ilumina y Grail c. Comisión* (ECLI: EU:T:2022:447).

[42] STJUE (Gran Sala) de 3 de septiembre de 2024, As. acumulados C-611/22P y C-625/22P *Ilumina y Grail c. Comisión* (ECLI: EU:C:2024:677).

trolar las *killer acquisitions*. Podemos sintetizar la relevancia de este pronunciamiento en tres aspectos:

1) Reafirmación de la seguridad jurídica y limitación de los poderes de la CE: la consecuencia más inmediata fue -como hemos señalado- la anulación de varias decisiones de la CE relacionadas con la Operación (incluyendo la prohibición, la sanción por *gun jumping*, y el inicio de la Fase II), y otras operaciones similares asumidas bajo la misma interpretación del Artículo 22 quedaron sin efecto. La sentencia recortó los poderes de la CE y de las ANCs en aplicación del Artículo 22, reinstaurando su propósito original y obligando a respetar los principios de previsibilidad y seguridad jurídica.

2) Estímulo a los mecanismos nacionales de "invocación": El TJUE recordó que, para controlar las operaciones que quedan fuera de los umbrales, se pueden adoptar soluciones alternativas, como la revisión de los umbrales nacionales o la introducción de mecanismos de avocación (*call-in*). En este sentido, es preciso señalar que el panorama actual no es el mismo que al inicio del caso. Varios Estados Miembros (EE. MM.) ya habían modificado sus umbrales o se habían arrogado sistemas de avocación para evitar que operaciones relevantes escapen al control *ex ante*. Además, se espera que la sentencia incite a más Estados miembros a introducir mecanismos de avocación (*call-in*).

3) Recurso al abuso de posición dominante (*Ex Post Review*): La sentencia también recuerda que las concentraciones por debajo de los umbrales de control pueden ser objeto de un examen *a posteriori* bajo las normas de abuso de posición dominante (art. 102 TFUE). Esta vía ha sido respaldada en fechas muy recientes por la jurisprudencia[43] *Towercast*.

El bloqueo de la operación Booking/Etraveli

El tercer asunto que hemos seleccionado para examinar en este apartado es la operación de concentración entre las empresas *Booking* y *Etraveli*, operación que fue finalmente prohibida por decisión[44] de la Comisión Europea en septiembre de 2023.

Como han puesto de manifiesto algunos autores[45], resulta llamativo que el endurecimiento de la postura regulatoria de la UE en relación con las grandes plataformas tecnológicas haya terminado afectando, en primer lugar, a dos empresas europeas, una neerlandesa y otra sueca. En este sentido, la primera operación sometida a este enfoque más estricto respecto al apalancamiento de grandes tecnológicas y al desarrollo estratégico de ecosistemas digitales ha sido una transacción entre compañías de la propia Unión. Ello puede considerarse, en cierta medida, una paradoja, dado que buena parte del debate público y regulatorio sobre las *Big Tech* se ha centrado tradicionalmente en las grandes empresas tecnológicas estadounidenses, por su posición e influencia en los mercados digitales.

[43] Sentencia del TJUE (Sala Segunda) de 16 de marzo de 2023, As. C-449/21 *Towercast SASU y Autorité de la concurrence* (ECLI: EU:C:2023:207).

[44] Decisión de la CE de 25 de septiembre de 2023, As. M.10615 *Booking Holdings /Etraveli Group*.

[45] BERGQVIST, C.: "The blocking of Booking/Etraveli – When the first victim of EU's anti-US tech stand was a European", *Computer Law & Security Review* 54 (2024), pp. 1-5.

Al margen de esta cuestión, la Comisión Europea se apoyó en una serie de criterios, principalmente relacionados con la creación de un ecosistema digital y el apalancamiento del poder de mercado, para bloquear la adquisición de *Etraveli* por parte de *Booking*. Y ello a pesar de que operaban en segmentos separados y complementarios (alojamiento hotelero y reserva de vuelos), lo cual en circunstancias normales hubiera dado lugar a una autorización en Primera Fase. Sin embargo, la DG COMP desarrolló una teoría de daño que considera la transacción bajo el contexto de la economía digital, donde no operan los criterios clásicos del control de concentraciones.

Los principales criterios y conclusiones de la Comisión para prohibir la fusión fueron:

1) Fortalecimiento de la Posición Dominante de Booking y Riesgo de Apalancamiento: la Comisión concluyó que, de no ser prohibida, la transacción fortalecería la posición dominante de Booking en el mercado de Agencias de Viajes en Línea (OTA) de hoteles. Booking ya era el líder del mercado de OTAs hoteleras con una cuota de mercado superior al 50-60%. En este sentido, la principal teoría de daño articulada fue la del riesgo de apalancamiento (*leveraging risk*), que se centra en analizar cómo Booking podría utilizar la adquisición de Etraveli para proteger o reforzar su posición dominante en el mercado de OTAs hoteleras (un concepto que las partes denominan "apalancamiento inverso" o *reverse leveraging*).

2) Creación de un Ecosistema de Viajes Interconectado: la Comisión consideró que la fusión crearía un ecosistema de viajes más amplio, siguiendo el modelo prevalente con las grandes tecnológicas, apoyándose para llegar a esta conclusión en dos líneas de razonamiento: por un lado, el alojamiento y los vuelos son servicios complementarios, lo que proporciona un fuerte argumento comercial para la adquisición, ya que permite una mejor venta cruzada (*cross-selling*) y el crecimiento en el mercado de OTAs hoteleras, por otro, el hecho de que Booking estaba implementando una estrategia de *Connected Trip*, que busca cubrir todas las necesidades de viaje, lo que, al igual que con Meta, tiene como objetivo oficial mejorar la experiencia del usuario, pero también aislar el negocio de la competencia y la migración de consumidores.

3) Mecanismos Anticompetitivos por la Adquisición de un Canal Clave: al adquirir Etraveli, que se consideraba un canal principal de adquisición de clientes y un activo "peculiar" y en clara trayectoria de crecimiento en el segmento de vuelos, Booking podría: (i) complicar la situación para las OTAs competidoras al negarles el acceso a los clientes; (ii) aprovechar las importantes economías de escala para solicitar comisiones más altas; (iii) fortalecer su posición negociadora con los hoteles y exigir comisiones aún más elevadas; y, (iv) incrementar las barreras de entrada debido a los fuertes efectos de red y la base de clientes y lealtad de marca superior de Booking.

4) La "inercia" del consumidor: un elemento esencial -y posiblemente el más polémico de la decisión- fue la asunción por parte de la Comisión Europea de lo que se conoce como "sesgos" (*bias*) en el comportamiento de los consumidores, y que recientemente han adquirido

cierta relevancia en el análisis antitrust[46], a partir de los postulados de la economía del comportamiento (*behavioral economics*): la inercia[47] del cliente.

En efecto, según el análisis llevado a cabo por la DG COMP, los usuarios finales no están dispuestos o interesados en comparar ofertas (*shopping around* o *multi-home*), lo que los hace susceptibles a la venta cruzada. Dado que suelen comenzar planificando su viaje seleccionando el destino y el vuelo y, posteriormente, el alojamiento, y que los vuelos suelen ser el punto de entrada al mercado de hoteles, esto proporciona un potencial considerable para la venta cruzada.

En el fondo esto implica asumir que el riesgo de apalancamiento del ecosistema estaba condicionado a la falta de contramedidas o resistencia por parte de los competidores y consumidores. En este aspecto concreto la decisión del ejecutivo comunitario contrastó significativamente con la del regulador de competencia del Reino Unido, la *Competition Markets Authority* (CMA), que no expresó las mismas preocupaciones y en cambio consideró que los consumidores eran sensibles a los precios y a menudo comparaban precios en múltiples OTAs.

4. Conclusiones: perspectivas de futuro

El control de concentraciones en la Unión Europea y, en concreto, en España, donde el número de operaciones analizadas ha alcanzado un récord histórico en 2025, encara un momento decisivo. La interacción entre mercados globales y digitales, nuevas formas de competencia potencial y estructuras empresariales más complejas está generando tensiones sobre el alcance, las herramientas y la metodología de ambos sistemas. De esta evolución surgen cinco vectores principales.

(i) Adaptación estructural: hacia una reforma selectiva del Reglamento 139/2004.

Aunque la Comisión no parece dispuesta en el corto plazo a reabrir completamente el Reglamento, el "caso Ilumina/Grail" ha puesto de manifiesto la existencia de zonas de sombra en el sistema de umbrales basados en facturación. Es previsible que la discusión sobre nuevos criterios de notificabilidad (valor de transacción, número de usuarios, intensidad de datos, activos estratégicos) se consolide a medio plazo, al menos mediante orientaciones o *soft law*. En este contexto, la experiencia española, que combina umbrales de facturación con un umbral adicional basado en cuotas de mercado, ofrece una referencia útil para explorar modelos híbridos que permitan captar mejor operaciones potencialmente problemáticas sin sacrificar seguridad jurídica.

(ii) Una nueva generación de directrices: análisis dinámico, innovación y competencia potencial.

La revisión de las Directrices —y los resultados de la consulta pública— sugieren una transición clara hacia un estándar de análisis más dinámico y *forward-looking*. Se consolidará:

[46] *Vid.*, en el ámbito de las conductas restrictivas (art. 102 TFUE) y sobre todo con la irrupción en escena de la DMA, STONES, R.: "Behavioural economics in EU competition law: Article 102 TFEU, the Digital Markets Act, and informed assumptions of irrationality", *Journal of Antitrust Enforcement*, 2025 (2), pp. 1–27.

[47] Es indicativo que el término aparece más de 50 veces en la Decisión de la Comisión.

- el examen de competencia potencial;
- la valoración sistemática de los efectos sobre la innovación;
- la incorporación de métricas no basadas en facturación;
- y la exigencia de teorías del daño sólidas, alejadas de presunciones estructurales automáticas.

El gran desafío será combinar un enfoque centrado en el bienestar del consumidor con un entendimiento más sofisticado de entornos donde los incentivos a invertir o innovar dependen de estructuras de mercado distintas a las convencionales.

(iii) Convivencia entre control ex ante y ex post: el triángulo Reglamento 139/2004 – DMA – art. 102 TFUE.

La política de competencia europea evoluciona hacia un sistema híbrido en el que:

- la DMA aporta transparencia informativa y disciplina preventiva a los *gatekeepers*;
- el art. 102 TFUE —impulsado por la doctrina *Towercast*— se consolida como mecanismo subsidiario para operaciones por debajo de umbrales;
- y el Reglamento de Concentraciones mantiene su rol como herramienta estructural *ex ante*.

El reto será definir fronteras claras para evitar solapamientos, duplicidades o incertidumbres, especialmente en ecosistemas digitales donde las adquisiciones son numerosas y estratégicas.

(iv) La cuestión industrial: tensiones entre política de competencia y política industrial europea.

La presión para permitir "Campeones Europeos" volverá recurrentemente, impulsada por la rivalidad tecnológica con China y Estados Unidos, la autonomía estratégica abierta y la necesidad de grandes inversiones en sectores estratégicos (IA, semiconductores, energía).

Aunque la Comisión ha insistido en preservar su independencia técnica, es previsible que aumenten las fricciones entre ambas agendas. En este terreno, más que operaciones prohibidas o autorizadas, lo decisivo será cómo se construyan los análisis contrafactuales y cómo se valore la entrada y la expansión en mercados globales.

(v) El futuro de los remedios: más datos, más vigilancia, más proporcionalidad.

Los compromisos estructurales seguirán siendo preferidos, pero los mercados digitales —con activos intangibles, datos y efectos de red— exigirán diseños de remedios mucho más creativos: acceso a interfaces, APIs, *datasets*, interoperabilidad o separación funcional.

Una tendencia casi inevitable será reforzar la supervisión ex post de los compromisos —incluyendo auditorías, *data rooms* y benchmarking dinámico— para garantizar su efectividad real.

Bibliografía

ÁLVAREZ FERNÁNDEZ DEL VALLADO, I. (2022). *Dinámicas de concentración en mercados digitales y su control. Información Comercial Española (ICE) – Plataformas Digitales: Regulación y Competencia*, n.º 925 (marzo-abril 2022), pp. 67-83. https://doi.org/10.32796/ice.2022.925.7369

ALLENDESALAZAR, R. (2020): Capítulo 20. Plataformas digitales y big data: retos para el Derecho de la competencia. Especial referencia al control de concentraciones, en RECUERDA GIRELA, M. A. (Dir.): *Anuario de Derecho de la Competencia 2020*, Ed. Thomson Civitas Aranzadi, Madrid, 2020.

BERGQVIST, C. (2024): "The blocking of Booking/Etraveli – When the first victim of EU's anti-US tech stand was a European", *Computer Law & Security Review* 54, pp. 1-5.

BRIONES, J.; FOLGUERA, J.; FONT, A. y NAVARRO, E. (2025): *Merger Control in the European Union: law, economics and practice* (2ª ed.), Nueva York/Oxford.

BUESO GUILLÉN, P. (2025): Capítulo 9. Umbrales de notificación de concentraciones económicas en mercados digitales: déficit y alternativas para su revisión, en CACHAFEIRO GARCÍA, F. (Dir): *El Derecho de la Competencia en la era del Big Data*, Ed. Aranzadi, Madrid, pp. 287-318.

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (2015). *Comunicación de la CNMC sobre los supuestos a los que resulta de aplicación el formulario abreviado previsto en el artículo 56 de la LDC.*

COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA (2020). *Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la Ley 15/2007.*

Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (2022). *Comunicación 1/2022, de 24 de mayo, sobre la celebración de vista en los procedimientos previstos en la Ley de Defensa de la Competencia.*

España. *Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado*, núm. 159, de 4 de julio de 2007, pp. 28848–28877.

España. *Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. Boletín Oficial del Estado*, núm. 50, de 27 de febrero de 2008, pp. 11818–11831.

GARCÍA DE ENTERRÍA, J. y DÍEZ ESTELLA, F. (2025): Tema 10. OPAs y Control de Concentraciones, en PULGAR EZQUERRA, J. (Dir): *Manual de reestructuraciones empresariales*, Ed. Aranzadi, Madrid, pp. 251-274.

GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, A. Y PÉREZ HERNÁNDEZ, A. (2025). *La CNMC prohíbe su primera operación e impide que Curium adquiera el Instituto de Radiofarmacia de Barcelona*. Madrid: Uría Menéndez. Disponible en: https://www.uria.com/es/publicaciones/9504-la-cnmc-prohibe-su-primera-operacion-e-impide-que-curium-adquiera-el-instituto-d (Consulta: 27 de octubre de 2025).

MARINAS SERRA, V.: "El caso Ilumina/Grail: ¿un viaje a ninguna parte?", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, nº 66, Diciembre 2024, pp. 273-279.

MASSAGUER FUENTES, J. & GUTIÉRREZ, A. (2024). *Comentario a la ley de defensa de la competencia*. Navarra: Civitas.

MONTANARI, B. (2024). *Compromisos y condiciones en control de concentraciones: claves sobre su uso por la CNMC bajo el actual Consejo*. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 66, pp. 74-103.

PASTRANA ESPÁRRAGA, M. (2025): La acumulación de datos como consecuencia de una concentración, ¿crea o refuerza una posición dominante?, en CACHAFEIRO GARCÍA, F. (Dir): *El Derecho de la Competencia en la era del Big Data*, Ed. Aranzadi, Madrid, pp. 319-343.

STONES, R. (2025): "Behavioural economics in EU competition law: Article 102 TFEU, the Digital Markets Act, and informed assumptions of irrationality", *Journal of Antitrust Enforcement* (2), pp. 1–27.

VALETTI, T. (2025): "The Innovation Theory of Harm in Merger Control: Some Clarifications", *Economic Letters*, Vol. 255, September, p. 112556.

Competencia y política industrial

Autores

Néstor Duch-Brown, Joint Research Centre, JRC – Comisión Europea[1]

Sergio Vela, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)[2]

Resumen:

El trabajo analiza la relación entre política industrial y política de competencia, considerando que pueden ser complementarias si se diseñan adecuadamente. La política industrial puede ayudar a impulsar la transformación productiva y la innovación mientras que la competencia también contribuye a esos objetivos al mismo tiempo que es clave para evitar ineficiencias, captura regulatoria y rentas injustificadas. La experiencia muestra que una intervención pública sin disciplina competitiva suele fracasar, así que el artículo defiende que la clave no es elegir entre ambas, sino coordinarlas estratégicamente. En este contexto, las autoridades de competencia actúan como garantes de neutralidad, eficiencia y evaluación.

Palabras clave:

política industrial; competencia; regulación eficiente; ayudas públicas; innovación.

Códigos JEL: K21; L40; L50; L52; O31

[1] Unidad de Economía Digital de la Dirección de Transformación Digital, Inteligencia Artificial y Datos. Las opiniones expresadas en el artículo pertenecen al autor y no representan necesariamente la posición de la institución de la que forma parte.

[2] Subdirección de Estudios e Informes del Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC. Las opiniones expresadas en el artículo pertenecen al autor y no representan necesariamente la posición de la institución de la que forma parte.

1. Relación entre competencia y política industrial

Durante buena parte de las últimas tres décadas, la visión dominante en la economía global fue que los mercados competitivos constituían el mecanismo más eficiente para asignar recursos, impulsar la innovación y garantizar el bienestar social. En ese contexto, la intervención pública debía restringirse al mínimo: asegurar la estabilidad macroeconómica, proveer bienes públicos esenciales y aplicar regulaciones que protegieran la competencia. La política industrial, entendida de forma genérica como la intervención pública deliberada para promover sectores específicos y crear capacidades tecnológicas, fue relegada e incluso estigmatizada como una práctica obsoleta, asociada con la ineficiencia productiva y con la captura del gobierno por intereses privados (Oqubay, Cramer, Chang, y Kozul-Wright, 2020).

Sin embargo, el panorama contemporáneo ha transformado radicalmente este diagnóstico. La emergencia de nuevas potencias globales, la reaparición de estrategias industriales agresivas en algunos países desarrollados, la transición energética global y las crisis recientes en las cadenas de suministro han puesto de relieve que el desarrollo económico no es un proceso espontáneo, sino que requiere de una orientación estratégica (Aiginger y Rodrik, 2020; Juhász et al., 2024). De repente, los mismos países que durante años promovieron una apertura comercial incondicional y la defensa de la competencia como pilares incuestionables del desarrollo económico, han puesto en marcha planes multimillonarios de subvenciones, restricciones tecnológicas y de promoción de “campeones nacionales".

Este giro plantea una pregunta crucial: ¿cómo se relaciona esta revitalización de la política industrial con la política de competencia, uno de los pilares institucionales del capitalismo moderno? De la misma forma podemos preguntar, ¿Cuál es el papel de las autoridades de competencia en la política industrial? A primera vista, ambas políticas persiguen objetivos opuestos. La política de competencia busca evitar la concentración, proteger la igualdad de condiciones y privilegiar la eficiencia. La política industrial, por el contrario, a menudo tolera o promueve la concentración, protege sectores específicos con el fin de priorizar la eficiencia dinámica de largo plazo.

Sin embargo, la historia y la teoría económica sugieren que la relación es más compleja: si no hay competencia, la política industrial puede derivar en fracasos y estancamiento; pero los defensores de la política industrial consideran que, si solo hay competencia sin estrategia industrial, la estructura productiva puede quedar atrapada en actividades de bajo valor añadido, con una elevada dependencia tecnológica y con poco potencial de crecimiento.

Este trabajo examina esta relación desde una perspectiva crítica y multidimensional. Su objetivo es argumentar que la tensión entre ambas políticas no es un defecto del sistema económico, sino una realidad que debe ser gestionada mediante instituciones sólidas, iniciativas inteligentes, coordinación estratégica y una visión del desarrollo económico que combine bienestar presente con capacidad futura.

El debate alrededor de la política industrial

Los fundamentos teóricos de la política industrial se remontan a la segunda mitad del siglo XIX, cuando se defendió la idea de que una protección transitoria de las industrias nacientes

podría permitirles alcanzar economías de escala y generar capacidades tecnológicas, reconociendo que la ventaja comparativa podría ser el resultado de políticas deliberadas (List, 1997). Algunas contribuciones a la teoría del desarrollo económico en el siglo XX aportaron justificaciones más sofisticadas. Por ejemplo, se argumentó que la industrialización requiere un "gran impulso" de inversiones coordinadas en múltiples sectores simultáneamente para superar fallos de coordinación (Rosenstein-Rodan, 1943). Por otra, se enfatizó que ciertos sectores generan mayores "encadenamientos" productivos con proveedores y clientes, justificando la priorización estratégica de ciertas actividades (Hirschman, 1958). Finalmente, el estructuralismo latinoamericano diagnosticó el deterioro de los términos de intercambio de productos primarios y propuso la industrialización por sustitución de importaciones como mecanismo para romper patrones de dependencia y subdesarrollo (Prebisch, 1959).

Desde la perspectiva de la economía del bienestar, los fallos del mercado constituyen la justificación por excelencia para la intervención gubernamental (Wallis y Dollery, 1999). Las externalidades asociadas al conocimiento o a la innovación implican que las empresas no invertirán lo suficiente en actividades cuyos beneficios no pueden internalizar. Así, las externalidades tecnológicas, la formación de capital humano específico que puede migrar entre empresas o el conocimiento incorporado en productos y procesos que los competidores pueden imitar, generan divergencias entre los rendimientos privados y sociales. Los problemas de coordinación también pueden aparecer en el establecimiento de estándares técnicos o en el desarrollo de proveedores especializados. Las imperfecciones de los mercados de capital dificultan la financiación de proyectos industriales de largo plazo de maduración con elevados costes hundidos. La información asimétrica en los mercados financieros y de capitales exacerba las restricciones crediticias (Dasgupta y Stiglitz, 1988).

Las visiones evolucionista e institucionalista también han cuestionado los supuestos neoclásicos y han ofrecido interpretaciones alternativas basadas en la consideración de itinerarios históricos que condenan a ciertas economías a avanzar de acuerdo con trayectorias subóptimas (Hodgson, 2004) o en la existencia de "sistemas nacionales de innovación" que enfatizan interacciones complejas entre empresas, universidades e instituciones requiriendo políticas sistémicas (Lundvall, 1992). Recientemente, nuevas perspectivas han surgido como respuesta a los desafíos globales: la transición hacia la neutralidad de carbono requiere una transformación estructural con inversiones coordinadas que exceden las capacidades de los mercados privados; las cuestiones asociadas a la seguridad nacional y la resiliencia justifican mantener ciertas capacidades domésticas estratégicas, entre otras.

La teoría neoclásica ha cuestionado tanto la necesidad como la capacidad de los gobiernos para implementar de manera efectiva la política industrial, argumentando que los fallos de gobierno son, muchas veces, más graves que los fallos de mercado. Además, los gobiernos suelen carecer de información suficiente para identificar sectores potencialmente exitosos en el futuro ya que la información relevante está dispersa entre millones de agentes y son precisamente los precios de mercado la mejor forma de agregarla. La teoría de la elección pública sugiere que los incentivos políticos también pueden ser distorsionadores: los recursos podrían dirigirse hacia aquellos sectores considerados políticamente importantes en lugar de aquellos económicamente prometedores o necesarios (Buchanan y Tullock, 1962). Asimismo, la captura regulatoria podría transformar la política industrial en una búsqueda de

rentas. La protección de industrias ineficientes podría generar importantes costes de oportunidad al desviar recursos de sectores competitivos hacia actividades menos relevantes. Además, las industrias protegidas carecen de incentivos para innovar, perpetuando ineficiencias y cuestionando la posibilidad de construir ventajas competitivas.

El debate reciente ha evolucionado hacia posiciones más matizadas que reconocen tanto los beneficios como las limitaciones de la política industrial, enfatizando que su éxito o fracaso se debe principalmente al propio diseño de la política y a las condiciones institucionales que la rodean. En este sentido, el diseño institucional se ha definido como una condición crucial para el éxito de la política industrial: las instituciones responsables deben poseer suficiente autonomía y al mismo tiempo estar lo suficientemente aisladas frente a presiones políticas de corto plazo, para poder mantener cierta coherencia estratégica (Aghion et al., 2015). Sin embargo, deben asimismo estar conectadas con el sector privado para acceder a información relevante y poder garantizar una implementación efectiva. En este marco la dependencia del contexto es fundamental: el tamaño de mercado, las dotaciones factoriales, las capacidades tecnológicas existentes, el momento histórico y la situación de la economía mundial determinaran la viabilidad de las estrategias industriales. Así, la síntesis actual rechaza tanto el fundamentalismo del mercado como la planificación dirigida y la reemplaza por un enfoque donde gobierno y sector privado deben colaborar estrechamente para identificar aquellos obstáculos que impiden la inversión y las mejoras tecnológicas, diseñando intervenciones quirúrgicas y puntuales donde la información fluye bidireccionalmente, asumiendo mecanismos efectivos de evaluación y finalización.

A pesar de esta larga tradición, definir la política industrial resulta una tarea compleja (Van Biesebroeck and Zhang, 2026). Este concepto abarca las acciones gubernamentales dirigidas a sectores específicos con fines tan diversos como impulsar la innovación o fortalecer la competitividad mediante la redistribución estratégica de recursos. Las razones que motivan estas políticas son diversas: corregir fallos del mercado, apoyar sectores emergentes o garantizar bienes colectivos, entre otras. Históricamente asociadas con economías en desarrollo, las políticas industriales se han consolidado recientemente en países avanzados.

Dos políticas aparentemente opuestas

Política industrial para la transformación económica

La política industrial nace de una premisa clara, que establece que los mercados no garantizan automáticamente que una economía avance hacia sectores complejos, intensivos en tecnología y con capacidad de generar productividad sostenida. La especialización productiva de un país no es neutral, ya que marca su posición global, determina salarios y puede condicionar su estructura social. Por eso, buena parte de la literatura sobre desarrollo económico ha defendido que el Estado debe actuar como impulsor del cambio estructural.

Esta intervención se justifica en la existencia de múltiples fallos de mercado y de coordinación. En primer lugar, las externalidades tecnológicas representan un problema fundamental: cuando una empresa invierte en investigación y desarrollo o en formación avanzada de su

personal, genera conocimientos y capacidades que inevitablemente se difunden hacia otras empresas del sector mediante la movilidad laboral, la imitación de procesos o la generación de conocimiento público. La imposibilidad de apropiarse plenamente de los beneficios de la inversión tecnológica conduce a niveles subóptimos de inversión privada en innovación, pues las empresas individuales no pueden internalizar todo el valor social que crean.

Adicionalmente, muchas industrias estratégicas se caracterizan por elevados costes fijos y largos períodos de aprendizaje que desalientan la inversión privada. El desarrollo de capacidades en sectores de tecnología de frontera requiere inversiones iniciales masivas en inputs especializados, infraestructura específica y formación de recursos humanos altamente calificados. Durante años, estas inversiones no generan retornos positivos mientras las empresas acumulan experiencia y escalan su producción. Este largo horizonte temporal, combinado con la incertidumbre inherente sobre el éxito futuro, genera que el sector privado, operando con lógicas de rentabilidad de corto y mediano plazo, sea reticente a comprometer recursos en estas actividades.

Los rendimientos crecientes y las economías de escala constituyen otra justificación central para la intervención. En numerosos sectores tecnológicamente avanzados, los costes unitarios de producción disminuyen dramáticamente a medida que aumenta el volumen producido. Esta característica genera ventajas acumulativas que las empresas que logran posiciones de liderazgo en fases tempranas pueden consolidar y ampliar, mientras que las rezagadas enfrentaran barreras crecientemente insuperables para alcanzarlas. Sin intervención que permita superar las desventajas iniciales de escala, las economías que no cuentan con empresas pioneras, pueden quedar permanentemente atrapadas en especializaciones de bajo valor añadido.

Finalmente, la incertidumbre que caracteriza los procesos de innovación hace que el sector privado asuma menos riesgos de los que serían socialmente óptimos. Las inversiones en tecnologías de frontera, cuyos usos y mercados futuros son inciertos, requieren horizontes temporales y están expuestas a riesgos que típicamente desincentivan al capital privado. El Estado, con horizontes más largos y capacidad de diversificar riesgos a través de toda la economía, puede incurrir en riesgos que ningún actor privado individual estaría dispuesto a asumir.

La lógica de la política industrial es, por tanto, de futuro: se orienta tanto a la creación de capacidades que no existen todavía como a la consolidación de capacidades emergentes, con el objetivo de proponer, de forma sistemática, transformaciones estructurales que permitan asegurar una prosperidad sostenida de largo plazo.

Política de competencia: disciplina competitiva y bienestar

La política de competencia parte de una racionalidad distinta. Su función es evitar el poder de mercado, impedir conductas anticompetitivas y asegurar que los beneficios productivos se traduzcan en precios justos y una mayor variedad de opciones para los consumidores. Esta política se fundamenta en la premisa de que los mercados competitivos generan incentivos

para reducir costes, mejorar la calidad e innovar continuamente, trasladando estos beneficios a consumidores mediante precios competitivos.

Para cumplir estos objetivos, la política de competencia se apoya en tres grandes mecanismos interrelacionados. Por una parte, busca controlar la estructura de mercado, impidiendo que fusiones y adquisiciones permitan a empresas o grupos alcanzar posiciones de dominio en los mercados. Las autoridades de competencia evalúan rigurosamente propuestas de concentración empresarial, analizando si éstas podrían generar niveles de concentración que diesen lugar a un poder de mercado excesivo, redujesen la presión competitiva o eliminasen rivales potenciales.

Por otra parte, la política de competencia establece criterios estrictos para penalizar conductas consideradas anticompetitivas. Sanciona la colusión explícita o tácita entre competidores que acuerdan precios, reparten mercados o coordinan estrategias para explotar a los consumidores. De la misma forma, penaliza el abuso de posiciones dominantes que buscan explotar dicha posición mediante prácticas inequitativas o emplear ese poder para excluir competidores mediante prácticas como precios predatorios, ventas ligadas o discriminación de precios. También regula prácticas verticales donde las empresas con poder en una determinada etapa de la cadena productiva lo utilizan para distorsionar la competencia en etapas adyacentes.

Finalmente, la política de promoción de la competencia aplica medidas para reducir los obstáculos artificiales que impiden la entrada de nuevos competidores en el mercado. Barreras regulatorias innecesarias, licencias discriminatorias, normas técnicas diseñadas para favorecer incumbentes o prácticas que dificultan el acceso a inputs esenciales, son identificadas y se sugiere su eliminación para asegurar que los mercados permanezcan contestables. La amenaza de entrada potencial de nuevos competidores disciplina el comportamiento de los incumbentes incluso cuando la concentración existente es alta.

Esta política ha sido especialmente influyente en las últimas décadas, bajo la premisa de que la competencia garantiza la disciplina productiva que, a su vez, genera un entorno propicio para la innovación. Este último es un argumento frecuentemente utilizado para defenderla, aunque debemos reconocer que la relación entre competencia e innovación es compleja y no unidireccional, como la literatura económica ha documentado extensamente (Aghion et al., 2005). Mientras que un nivel moderado de competencia puede estimular la innovación al presionar a las empresas a diferenciarse, los defensores de la política industrial consideran que una competencia excesivamente intensa puede reducir los márgenes de beneficio hasta niveles que imposibilitan la financiación de las inversiones en investigación y desarrollo.

¿Objetivos realmente opuestos?

En última instancia, la contraposición surge porque la política industrial busca promover el desarrollo económico basado en el aprendizaje, la innovación y la inversión en sectores considerados de futuro. Para ello, fija objetivos de medio y largo plazo, aceptando ineficiencias transitorias si éstas facilitan la acumulación de capacidades que eventualmente generarán una mayor productividad y competitividad. Su criterio de éxito es

la transformación estructural: promueve la diversificación hacia sectores más sofisticados, mejoras tecnológicas, incrementos de la complejidad productiva y la construcción de ventajas competitivas dinámicas.

En cambio, la política de competencia vela por asegurar que, dado el estado actual de la tecnología y el conocimiento, la producción se realice al menor coste y proporcione la mayor variedad posible al consumidor. Su horizonte temporal tiende a priorizar el corto plazo, evaluando si las estructuras y prácticas de mercado existentes maximizan el bienestar social, pero también mira al futuro al asegurar que nuevas empresas no se enfrentaran a barreras para entrar en los mercados. Su criterio de éxito es el bienestar, velando por que la asignación de recursos en la economía conduzca a la mayor eficiencia posible.

Ambas políticas son legítimas y necesarias, y el problema radica en cómo armonizarlas. Una economía puede encontrarse en una trampa de crecimiento tanto por intervenir demasiado sin disciplina competitiva, generando estructuras rentistas e ineficientes perpetuamente protegidas, como por el riesgo de quedarse rezagada en un mundo donde los principales competidores globales sí intervienen, pudiendo así quedar lejos de participar con éxito en los sectores más dinámicos. La cuestión, entonces, no es elegir entre una y otra, sino encontrar mecanismos eficientes para gobernar esta relación.

Hacia una complementariedad estratégica

Las principales fuentes de conflicto

Como hemos visto, la política industrial y la política de competencia son dos áreas fundamentales de la economía que buscan mejorar los resultados económicos de un país. Sin embargo, pueden entrar en conflicto directo, generando dilemas que los formuladores de política deben resolver. Existen cuatro elementos estructurales entre la política industrial y la política de competencia que generan tensiones complejas que requieren un equilibrio delicado y que se analizan a continuación.

Primero, la política industrial busca crear empresas con masa crítica que puedan competir con gigantes globales establecidos, lo que puede a veces conducir a una concentración de mercado excesiva. Desde la óptica de la política de competencia, esta concentración puede ser vista como una amenaza a la contestabilidad de los mercados internos. Una elevada concentración en los mercados domésticos puede reducir el número de alternativas disponibles para los consumidores, disminuyendo su poder de negociación y su capacidad de elección. Además, genera un riesgo elevado de abuso de poder de mercado, donde las empresas dominantes pueden imponer precios superiores a los competitivos, deteriorar la calidad de productos y servicios o discriminar entre diferentes categorías de clientes.

Segundo, las ayudas públicas son un instrumento clásico de política industrial que permiten aprender compitiendo, subvencionando los costes de entrada en nuevos sectores donde las empresas domésticas carecen inicialmente de experiencia y eficiencia comparables a las de competidores establecidos internacionalmente. Sin embargo, estas ayudas también pueden generar riesgos significativos, como sostener empresas ineficientes de forma indefi-

nida, perpetuando ineficiencias mediante una protección que elimina la presión competitiva para mejorar. Las ayudas pueden desplazar a competidores más eficientes, distorsionando la asignación de recursos.

Tercero, potenciar uno o pocos actores domésticos puede ser la única forma viable de enfrentar multinacionales de gran tamaño que dominan mercados globales con ventajas acumuladas de escala, tecnología, marcas establecidas y redes de distribución internacionales. Sin embargo, estos «campeones» inevitablemente ganan poder de negociación a medida que crecen y se vuelven económica y políticamente importantes. Su éxito los transforma en actores con capacidad de influenciar la formulación de políticas, con incentivos para el mantenimiento -o expansión- de privilegios y con recursos para oponerse a nuevas regulaciones.

Finalmente, la protección de patentes y otros derechos de propiedad intelectual constituye un instrumento fundamental tanto de política industrial como de competencia, generando tensiones complejas. Por un lado, permite recuperar los costes de investigación y desarrollo, incentivando la inversión privada en innovación que de otra forma sería insuficiente. Sin embargo, la protección de la propiedad intelectual también puede encarecer dramáticamente bienes esenciales (como medicamentos) que permanecen bajo la protección de una patente durante décadas de exclusividad, impidiendo que la disciplina competitiva permita la consecución de precios más accesibles para ciertas capas de la población que no pueden pagar precios monopolísticos.

Complementariedades que refuerzan las políticas

Aunque la política industrial y la política de competencia pueden entrar en conflicto, también pueden ser sinérgicas y reforzarse mutuamente si se diseñan de forma tal que puedan orientarse a objetivos comunes mediante instrumentos complementarios.

La competencia es esencial para una política industrial eficiente. Sin competencia efectiva, la política industrial puede convertirse en un mecanismo de transferencias en el que las conexiones políticas importan más que los resultados económicos. Los ejemplos históricos de América Latina durante los años setenta y ochenta ilustran los riesgos de una política industrial sin competencia. En cambio, países como Corea del Sur y Japón han combinado protección y subvenciones industriales con mecanismos rigurosos de disciplina competitiva, lo que ha permitido a sus empresas alcanzar una competitividad internacional genuina.

La política industrial puede generar competencia futura en sectores dominados por oligopolios extranjeros establecidos. La entrada de nuevos productores nacionales promovidos con instrumentos de política industrial puede aumentar la contestabilidad del mercado y beneficiar a los consumidores globalmente. El ejemplo de la irrupción de empresas chinas en paneles solares y baterías de litio es un caso dramático de cómo la política industrial puede generar competencia futura.

Las ayudas condicionadas y temporales son fundamentales para una política industrial eficiente. Las ayudas deben ser transitorias, con horizontes temporales claros y establecidos

desde el inicio del programa. La condicionalidad a resultados específicos y medibles transforma subvenciones de transferencias pasivas a incentivos activos para mejora. Las evaluaciones independientes y públicas de programas industriales son fundamentales para la rendición de cuentas.

La política de competencia moderna debe evaluar dimensiones dinámicas adicionales, como la innovación y la dinámica tecnológica. La política de competencia debe considerar si una concentración propuesta acelerará o frenará la innovación. La evidencia empírica sugiere que la competencia moderada maximiza innovación, mientras que la competencia excesiva o el monopolio sin contestabilidad la reducen (Aghion et al, 2005).

En resumen, la política industrial y la política de competencia pueden ser sinérgicas y reforzarse mutuamente si se diseñan deliberadamente para orientarse a objetivos comunes mediante instrumentos complementarios (Criscuolo y Lalanne, 2024). La competencia es esencial para una política industrial eficiente, y la política industrial puede generar competencia futura en sectores dominados por oligopolios extranjeros establecidos. Las ayudas condicionadas y temporales son fundamentales para una política industrial eficiente, y la política de competencia moderna debe evaluar dimensiones dinámicas adicionales, como la innovación y la dinámica tecnológica. La colaboración entre la política industrial y la política de competencia puede sustentar tanto la competencia presente como la capacidad de innovación futura.

La relación entre política industrial y competencia en España y Europa

Tras décadas de industrialización durante el franquismo mediante políticas proteccionistas y empresas públicas en sectores estratégicos (siderurgia, astilleros y energía, entre otros), España experimentó una transformación profunda con la adhesión a la Comunidad Europea en 1986 (Sebastián, 2019; Myro, 2021). Este proceso combinó una apertura comercial acelerada, que expuso industrias protegidas a la competencia europea, con dolorosas reconversiones industriales que generaron conflictos sociales significativos y un elevado desempleo estructural en regiones tradicionalmente industriales.

El resultado fue dual. España logró modernizar con éxito ciertos sectores, particularmente donde emergieron «campeones nacionales» que alcanzaron la escala internacional. Sin embargo, España también experimentó una desindustrialización significativa. La participación manufacturera en el PIB se ha ido reduciendo consistentemente durante décadas, mientras que el país se ha ido especializando gradualmente en turismo, construcción y servicios. Los intentos recientes de revertir esta tendencia mediante la Política Industrial España 2030, que forma parte del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia financiado con fondos Next Generation EU, han enfrentado múltiples obstáculos (Baixauli-Soler et al., 2023). Los Proyectos Estratégicos para la Recuperación y Transformación Económica (PERTE) en sectores como el vehículo eléctrico, semiconductores, aeroespacial y energías renovables, aunque bien intencionados, han exhibido dificultades de ejecución atribuidas a debilidades estructurales regionales, insuficiente tamaño de mercado en ciertos sectores, escasa inversión privada en I+D y obstáculos regulatorios y de agilidad administrativa (Hidalgo, 2020; Xifré, 2020).

La experiencia española sugiere que transformación estructural en un contexto de integración en el mercado único europeo con rigurosas normas de competencia requiere balances particularmente delicados. Las restricciones a las ayudas públicas de la Unión Europea históricamente limitaron el margen de maniobra para la política industrial nacional, aunque la flexibilización reciente ha ampliado las posibilidades. No obstante, la capacidad institucional para diseñar, coordinar e implementar políticas industriales sofisticadas permanece como un desafío, evidenciando que los marcos legales más permisivos son insuficientes sin las capacidades administrativas y técnicas correspondientes.

Por otra parte, en la Unión Europea, la política de competencia ha sido tradicionalmente una piedra angular de la integración continental, considerada esencial para el funcionamiento del mercado único europeo. Se la concibe como el instrumento fundamental para alcanzar múltiples objetivos políticos y económicos interrelacionados. Evita que los Estados miembros favorezcan a sus campeones nacionales mediante ayudas públicas discriminatorias que distorsionarían la competencia entre países, preservando la igualdad de condiciones que es un requisito indispensable para que las empresas de todos los Estados miembros compitan en los mismos términos. Así, garantiza que el mercado único funcione de forma efectiva integrando economías nacionales en el espacio económico común, más que fragmentarse en mercados nacionales protegidos donde cada país subvenciona sus propias empresas. La política de competencia europea, por tanto, previene guerras de ayudas públicas destructivas entre países miembros que competirían por atraer inversiones mediante ayudas estatales crecientemente generosas, despilfarrando recursos fiscales sin generar un beneficio agregado a nivel europeo.

La Comisión Europea, particularmente mediante su Dirección General de Competencia, ha ejercido tradicionalmente una vigilancia rigurosa de las normas de ayuda estatal, bloqueando o condicionando subvenciones nacionales, penalizando fusiones que generarían concentración excesiva incluso cuando los gobiernos nacionales las apoyaban, y sancionando abusos de posición dominante por parte de grandes empresas europeas o extranjeras operando en el mercado único. Esta rigurosidad refleja la convicción de que la competencia abierta constituye un sólido fundamento del modelo social de mercado europeo.

Sin embargo, la irrupción industrial agresiva de China mediante subvenciones masivas y políticas sectoriales que han permitido a empresas chinas capturar una participación significativa en múltiples industrias, combinada con el retorno del proteccionismo y de la política industrial explícita en Estados Unidos, han provocado un cambio fundamental en la posición europea. El debate ha girado hacia la necesidad de alcanzar una autonomía estratégica europea que reduzca la dependencia hacia proveedores externos en tecnologías y manufacturas críticas, en particular manufacturas avanzadas y tecnologías digitales (Asensio y Ganuza, 2024).

La Comisión Europea ha flexibilizado, consecuentemente, ciertos criterios de ayuda estatal que previamente eran prácticamente inviolables. Algunas ayudas estatales significativas están ahora permitidas explícitamente en sectores considerados estratégicos, incluyendo baterías para vehículos eléctricos, hidrógeno verde y tecnologías relacionadas con la transición energética, la digitalización y la conectividad 5G y la biotecnología

aplicada a salud. La promoción de Proyectos Importantes de Interés Común Europeo (IPCEI por sus siglas en inglés) permite que grupos de países miembros cofinancien proyectos transnacionales de gran escala en sectores estratégicos, eludiendo restricciones normales de ayuda estatal bajo el argumento de que estos proyectos generan complementariedades estratégicas que justifican la excepción.

Adicionalmente, ha surgido un debate creciente sobre la necesidad de crear o consolidar campeones europeos mediante fusiones transnacionales que generen empresas de escala suficiente para competir con gigantes estadounidenses y chinos. La frustración europea ante el dominio de plataformas digitales estadounidenses y de manufactura china ha generado posiciones que abogan por relajar el análisis antimonopolio y permitir una consolidación que previamente hubiera sido bloqueada, argumentando que los mercados relevantes son globales y que la concentración dentro de Europa es irrelevante si las empresas resultantes se enfrentan a una competencia internacional intensa y no demasiado leal.

No obstante, este proceso genera fricciones significativas entre Estados miembros con visiones diferentes sobre el balance apropiado entre competencia e intervención industrial. Alemania y Francia, con tradiciones de intervención estatal más aceptadas y empresas de mayor tamaño que podrían beneficiarse de una cierta relajación de las normas de competencia, apoyan activamente una mayor flexibilidad para la política industrial y la creación de campeones europeos. Argumentan que Europa no puede competir con economías centralizadas como la china o con las subvenciones masivas estadounidenses si se autolimita doctrinariamente mediante reglas de competencia diseñadas para un mundo diferente. Estos países proponen que la disciplina competitiva sea un objetivo secundario cuando la autonomía estratégica está en riesgo.

Los países con tradiciones más liberales y mayor confianza en los mercados ejercen una resistencia considerable por temor a la pérdida de una disciplina competitiva que consideran fundamental para la eficiencia europea. Argumentan que relajar la competencia para crear campeones europeos generará ineficiencias, captura política y estructuras oligopólicas que explotarán a los consumidores europeos sin necesariamente alcanzar la competitividad global. Temen que cada Estado miembro presionará para conseguir excepciones para sus propias empresas, erosionando gradualmente todo el marco de competencia y reintroduciendo mayor fragmentación al mercado único.

Europa debate consigo misma, fundamentalmente, cómo defender su industria y su autonomía tecnológica frente a competidores geopolíticos que no comparten sus escrúpulos sobre intervención estatal, sin simultáneamente romper su modelo institucional que ha hecho de la competencia abierta un pilar de integración e identidad europea. Este debate permanece irresuelto y genera tensiones recurrentes entre instituciones europeas, gobiernos nacionales y diferentes tradiciones económicas dentro del continente.

2. El papel de las Autoridades de Competencia en la política Industrial

El resurgir de la política industrial en las últimas crisis —pandemia, interrupciones de cadenas de suministro y la transición energética— ha reabierto el debate sobre la adecuada interacción entre intervención pública e incentivos de mercado.

Política industrial y política de competencia no son esferas necesariamente antagónicas: al contrario, bien diseñadas, se complementan. La competencia puede crear incentivos al esfuerzo y maximizar el retorno de las inversiones públicas al asegurar que los recursos se traduzcan en mejoras productivas y que las empresas compitan por clientes e innovación. De forma recíproca, la política industrial puede crear condiciones que favorezcan la competencia si, por ejemplo, reduce costes de entrada, financia bienes públicos o facilita la interoperabilidad tecnológica.

No obstante, existen retos en esta relación. Algunas políticas industriales buscan favorecer la creación de campeones nacionales o la concentración para alcanzar la escala internacional; otras priorizan objetivos estratégicos que pueden justificar asimetrías regulatorias y ayudas selectivas. En esos casos surge el riesgo de que la intervención reduzca la contestabilidad del mercado, empeore los incentivos a la eficiencia e innovación, genere efectos de dependencia o favorezca prácticas poco transparentes.

La historia económica ofrece abundantes ejemplos de cómo las políticas industriales diseñadas sin disciplina competitiva acaban minando los mismos objetivos que pretendían alcanzar (el programa Concorde entre Reino Unido y Francia o el INI español pueden ser algunos ejemplos). Los riesgos no derivan de la intervención pública per se, sino de su diseño inadecuado, su falta de evaluación y su desvinculación de los principios de competencia. Así, los principales riesgos que emergen cuando la política industrial ignora la perspectiva de competencia podríamos agruparlos en cuatro dimensiones:

1. **Captura regulatoria y selección adversa.** Cuando la selección de beneficiarios se realiza con criterios poco transparentes, se genera un sesgo hacia empresas con mayor capacidad de influencia o lobby, no necesariamente las más innovadoras o eficientes. Esto reduce la presión competitiva y distorsiona la asignación de recursos.

2. **Rentas de posición y dependencia de la ayuda pública.** La ausencia de mecanismos de salida y revisión periódica convierte las ayudas temporales en subsidios permanentes. En lugar de fomentar la innovación, la política pública puede perpetuar entonces estructuras ineficientes.

3. **Desincentivos a la innovación y entrada.** Las políticas que favorecen a incumbentes o campeones nacionales suelen crear barreras para la entrada de nuevos competidores y reducen la rivalidad por la innovación. A largo plazo, esto se traduce en menor productividad agregada.

4. **Fragmentación de los mercados y pérdida de coherencia regulatoria.** En economías integradas —como la Unión Europea— o interdependientes, el diseño nacional de incentivos

sin coordinación puede fragmentar el mercado y generar un "efecto de carrera" entre Estados que compiten en subsidios, debilitando la eficiencia colectiva.

La experiencia muestra que la clave no es la renuncia a la intervención pública, sino su anclaje en la "regulación inteligente" y los principios que minimicen distorsiones competitivas: transparencia, proporcionalidad, neutralidad, concurrencia y evaluación sistemática. En base a esa "mejor regulación" pueden extraerse condiciones necesarias (aunque no suficientes) para que la política industrial contribuya al bienestar sin sacrificar la competencia:

1. **Diagnóstico riguroso y focalización.** Las intervenciones deben fundarse en un diagnóstico que identifique fallos de mercado claramente definidos y cuantificables, evitando apoyos generalizados sin justificación.

2. **Criterios de diseño que preserven la neutralidad competitiva.** Siempre que sea posible, los instrumentos deben distribuirse en condiciones de concurrencia y transparencia, y preferir mecanismos competitivos (subastas, concursos) frente a asignaciones discrecionales.

3. **Proporcionalidad.** Los instrumentos deben calibrarse para corregir el fallo observado con la menor distorsión posible sobre la estructura del mercado.

4. **Capacidad administrativa.** El éxito de la política requiere una administración capaz de ejecutar, supervisar y evaluar intervenciones; la débil capacidad estatal suele aumentar el riesgo de captura.

5. **Evaluación y fiscalización.** Deben incorporarse mecanismos ex ante (análisis coste-beneficio) y ex post (evaluación de resultados) que permitan adaptar la política y corregir desviaciones.

6. **Coordinación institucional.** Dado que la política industrial se articula en múltiples dominios (fiscal, regulatorio, contratación pública), la coordinación entre ministerios, reguladores y autoridades de competencia es esencial.

Todas estas condiciones podrían resumirse en lo que a veces se ha dado en llamar las "tres Cs" de una política industrial procompetitiva:

Tabla 1.
Las "tres C" de una política industrial procompetitiva: Criterios, Coherencia y Coordinación

- Criterios claros, transparentes y verificables: Las autoridades de competencia pueden contribuir a definir y fiscalizar estos criterios desde una perspectiva técnica. Un principio esencial es la eficiencia, que implica identificar con precisión el fallo de mercado o el objetivo estratégico que se pretende corregir. La neutralidad y transparencia deviene igualmente imprescindible. La publicación de los objetivos, beneficiarios y resultados de las ayudas públicas constituye una salvaguarda indispensable frente a la captura regulatoria. La proporcionalidad, es decir, el uso del instrumento menos distorsionador posible será otro de los criterios en los que las autoridades de competencia podrán asesorar.
- Coherencia: entendida como la necesidad de alinear los objetivos de la política industrial con el resto de los objetivos de políticas públicas (equidad, sostenibilidad…) y los principios de competencia y regulación eficiente. La coherencia requiere que las políticas industriales y las de competencia se diseñen de forma complementaria y no contradictoria. En el ámbito español, la CNMC ha defendido reiteradamente en sus informes que la mejor política industrial es aquella que refuerza los fundamentos competitivos de los mercados.
- Coordinación entre administraciones, y con el sector privado, elemento indispensable para evitar solapamientos, incoherencias e ineficiencias. Las autoridades de competencia están particularmente bien situadas para ejercer una función de coherencia transversal. Su posición institucional independiente y su conocimiento técnico del funcionamiento de los mercados les permite ayudar a facilitar e integrar un diálogo equilibrado con los distintos agentes.

El papel de las autoridades de competencia en el diseño y supervisión de políticas industriales

Las "3Cs" plantean por tanto un escenario propicio para la integración de las autoridades de competencia en las fases de diagnosis, planificación y ejecución de las políticas industriales por sus capacidades técnicas, su función independiente y su experiencia acumulada en el análisis de estructuras de mercado, evaluación de distorsiones y diseño de marcos regulatorios eficientes. Todo ello les permite ofrecer una visión transversal, basada en la evidencia y menos sujeta a presiones de corto plazo o intereses.

No se trata en modo alguno de sustituir o inmiscuirse en la responsabilidad política sobre la elección de objetivos estratégicos, pero sí que pueden aportar información, criterios técnicos y salvaguardas que reducen los riesgos mencionados, ya que, más allá de su función clásica de *enforcement*, las autoridades de competencia, en su función de *advocacy,* pueden aportar valor agregado como garantes de la neutralidad competitiva, asesoras técnicas y promoto-

ras de marcos regulatorios eficientes. En las secciones siguientes se desarrolla cómo pueden materializarse esas funciones en las distintas fases del ciclo de política industrial.

Garantizar ex ante mercados abiertos y condiciones de competencia efectivas

La experiencia de la CNMC y de otras autoridades de competencia demuestra que las distorsiones competitivas no siempre derivan de conductas empresariales, sino también de diseños normativos o institucionales que limitan la entrada, restringen la competencia potencial o consolidan posiciones dominantes generando entornos ineficientes que obstaculizan la innovación y la competitividad. Por ello, la acción preventiva de las autoridades, a través de informes, estudios y recomendaciones, puede tener un impacto estructural tan efectivo al menos al de la aplicación ex post de la normativa de competencia, y facilitar previamente el marco de actuación de cualquier política industrial.

Los Estudios Sectoriales de la CNMC, por ejemplo, ofrecen un diagnóstico sistemático de la arquitectura institucional y regulatoria, buscando identificar barreras de entrada, y haciendo recomendaciones que faciliten unos mercados más abiertos, competitivos y eficientes.

Estos estudios en profundidad se complementan con los informes sobre los proyectos normativos de las diferentes administraciones que la CNMC elabora conforme al artículo 5.2 de la Ley 3/2013 de su creación, y que están dirigidos a identificar restricciones injustificadas en dichas normas, políticas o prácticas administrativas para así consolidar un marco de funcionamiento procompetitivo.

Asimismo, el documento metodológico para la evaluación de ayudas públicas y el decálogo de recomendaciones para mejorar la eficacia de las ayudas públicas, son ejemplos de instrumentos que la CNMC pone a disposición de las administraciones públicas para enfatizar y recordar la necesidad de dotar a las políticas de apoyo económico de mayor transparencia y coherencia con los objetivos de competencia. Destacan que la existencia de múltiples regímenes de ayudas sin coordinación ni evaluación dificultan la asignación eficiente de recursos y pueden desincentivar la innovación. Asimismo, subrayan que la intervención pública debe centrarse en corregir fallos de mercado específicos y no sustituir la disciplina competitiva de los mercados.

Este enfoque procompetitivo y preventivo no es exclusivo del ámbito español. En la OCDE (OECD, 2021, 2024) y la Red Internacional de Competencia (ICN) (ICN Advocacy Working Group, 2014), ámbitos de colaboración multilateral de las autoridades de competencia, se ha destacado que las autoridades de competencia pueden actuar como guardianes de la neutralidad competitiva, garantizando que las ayudas y subvenciones se otorguen con criterios objetivos, proporcionales y revisables.

En definitiva, la función de *advocacy* de las autoridades de competencia, contribuye al que debería ser el primer paso de cualquier política industrial: la evaluación de la necesidad de la propia política industrial a través de un diagnóstico ex ante que identifique los principales fallos de mercado existentes y los instrumentos más eficaces y eficientes para su remoción. Si la política industrial viene a favorecer a empresas menos competitivas la “destrucción crea-

tiva", defendida por los recientes Premios Nobel Aghion y Howitt, se ralentiza y la innovación y la productividad se retrasan, por lo que un mercado competitivo y abierto, sin barreras de entrada, es la primera condición necesaria de cualquier política industrial eficaz.

Asesoramiento técnico y participación en el diseño de políticas industriales

El segundo ámbito de actuación, una vez establecido un marco competitivo y abierto, consiste en asegurar que las políticas industriales —ya sean programas de ayudas, incentivos fiscales o marcos regulatorios sectoriales— no introduzcan nuevas barreras innecesarias a la competencia ni favorezcan a determinados operadores de forma discriminatoria. Consiste por tanto en ejercer un papel de asesoramiento técnico en la fase de diseño y planificación de esas políticas industriales.

A diferencia del *enforcement* —que actúa sobre hechos pasados—, la labor de asesoría y *advocacy* de las autoridades, les permite también influir en las decisiones públicas antes de que las distorsiones se materialicen. La CNMC ha desarrollado en este sentido una práctica consolidada de diálogo con administraciones y organismos públicos, orientada a identificar restricciones innecesarias y promover soluciones regulatorias más eficientes.

Entre los instrumentos más relevantes a este respecto destacan los mencionados informes sobre proyectos normativos, disponibles públicamente, y que incluyen ejemplos paradigmáticos aplicables al debate sobre política industrial. Así, en los últimos años, la CNMC ha analizado el anteproyecto de la Estrategia Española para el Impulso Industrial, y el Anteproyecto de ley de industria y autonomía estratégica, subrayando, entre otras cuestiones, la importancia de incorporar criterios de neutralidad y evaluación para evitar distorsiones y la disponibilidad de la CNMC a *colaborar en función consultiva para poder informar los desarrollos de esta norma desde la óptica de su afectación a la competencia y a los principios de buena regulación*.

Asimismo, en su documento "Recomendaciones a los poderes públicos para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva" la CNMC recuerda que la intervención pública, también en el diseño y ejecución de la política industrial, debe guiarse por los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima distorsión competitiva a través por ejemplo de procesos de contratación y de asignación de ayudas competitivos. Así, cuando los Estados intervienen en sectores estratégicos —ya sea mediante ayudas, marcos regulatorios o inversiones directas—, las autoridades de competencia pueden contribuir a definir el alcance adecuado de la intervención procompetitiva y a introducir mecanismos que aseguren una competencia por méritos, evitando privilegios injustificados.

En este sentido, los informes de la CNMC sobre los incentivos a la transición ecológica y digital[3] recurrentemente inciden en que los mismos deben estructurarse de forma que pre-

[3] Sólo a modo de ejemplo se puede observar: E/CNMC/004/21 - Estudio sobre la gestión de residuos de envases, EI/03/2023 - Evaluación de impacto plan MOVES III, EI/01/2022 - Análisis cuantitativo de las ayudas públicas para el despliegue de redes de banda ancha en España, EI/02/2023 Evaluación de impacto sobre la competencia de las ayudas públicas al autoconsumo fotovoltaico.

serven la contestabilidad y eviten generar rentas regulatorias. También, en el ámbito de la innovación y la I+D, la CNMC subraya en sus informes que el apoyo público puede ser necesario para corregir fallos de coordinación, pero que dicho apoyo debe mantenerse temporal (recurriendo incluso a *sunset clauses*), procurando mantener una neutralidad tecnológica cuando sea posible y orientado a resultados verificables.

Las Autoridades de Competencia de otras jurisdicciones, como Reino Unido o Canadá por ejemplo, también se encuentran comprometidas en esta aproximación a los departamentos ministeriales de sus países correspondientes para intentar incorporar desde el inicio salvaguardas procompetitivas en las estrategias industriales y tecnológicas. Cabe destacar la experiencia reciente de la Competition and Markets Authority (CMA) del Reino Unido con motivo de la ambiciosa política industrial anunciada por el Gobierno Británico en octubre de 2024.

Promoción de la competencia y acompañamiento en el ciclo de las políticas públicas

Una tercera dimensión del papel de las autoridades de competencia se vincula con el seguimiento continuo y la evaluación ex post de las políticas industriales. No basta con garantizar un diseño competitivo; es preciso verificar, una vez implementadas las medidas, si los resultados obtenidos se alinean con los objetivos declarados y si se han generado efectos colaterales sobre la estructura competitiva de los mercados.

En este punto, la CNMC y otras autoridades europeas disponen de instrumentos de supervisión y análisis sectorial que pueden integrarse en los sistemas de evaluación de las políticas industriales. Los Estudios Sectoriales de la CNMC mencionados por ejemplo, aplicados de manera transversal, pueden servir para detectar los efectos de las ayudas o regulaciones industriales sobre la competencia efectiva. Asimismo, pueden llevar a cabo análisis de impacto de las recomendaciones propuestas.

Los informes de supervisión de los sectores regulados pueden constituir también un recurso esencial para identificar distorsiones estructurales derivadas de políticas públicas. Su integración con los mecanismos de planificación industrial permitiría cerrar el ciclo de política pública bajo un principio de "retroalimentación competitiva": las lecciones aprendidas en la supervisión ex post informan el rediseño de los instrumentos futuros.

Y por supuesto la función de Defensa de la Competencia (*enforcement*), en su ánimo de perseguir conductas y transacciones anticompetitivas, puede seguir asegurando que la intervención pública mantenga una competencia que permita trasladarse en mejores precios, mayor calidad y variedad de productos y servicios y mayores incentivos para la innovación.

En este sentido, ha surgido a menudo un debate en torno al área del control de concentraciones, donde se apunta frecuentemente la necesidad de estimar un equilibrio entre competencia e innovación, ya que no existe aún un enfoque sistemático para la incorporación de la innovación en la aplicación de la normativa de competencia, sino que a día de hoy se trata de un análisis caso a caso. Así, dependiendo del enfoque de innovación que se adopte, ello afecta a todos los elementos de los análisis que habitualmente se hacen en conductas

y transacciones relativos a la definición del mercado relevante, al umbral de notificación, a la teoría del daño que subyace en el análisis y el estándar de prueba requerido para prohibir una concentración o autorizarla sujeta a condiciones, o al diseño de las condiciones o remedies que se impongan. Todo ello reviste una especial complejidad, pues es necesario realizar análisis prospectivos complejos en sectores dinámicos en los que la innovación disruptiva además desempeña un papel importante.

Ante estas dificultades, algunas interpretaciones de los informes Draghi y Letta, parecen querer "favorecer o defender" una mayor concentración en algunos sectores innovadores a través de una flexibilización de la política de defensa de la competencia. Cabe señalar que el objetivo de una escala mayor, lejos de estar reñido con la competencia y la actividad de las Autoridades de Competencia, pasa al contrario, como señala el profesor y antiguo Economista Jefe de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, Massimo Motta[4], por mantener la competencia, o sea, asegurarse de que las empresas compitan, porque esa es la única manera en la cual tendrán el incentivo de seguir invirtiendo, creciendo e innovando.

Efectivamente el informe Draghi tiene razón en señalar que Europa necesita empresas capaces de competir globalmente. Y efectivamente, uno de los principales problemas tras el bajo crecimiento de la productividad en Europa es el estancamiento del entorno empresarial, pero ello no debe implicar necesariamente permitir fusiones que reduzcan la competencia, porque ese entorno empresarial viene determinado en gran medida por el marco en el que se desarrolla. Y en este sentido la mayoría de los informes, incluidos los de Letta y Draghi, coinciden en señalar retos importantes para las empresas relacionados por ejemplo con el acceso a un mercado de capitales profesional, amplio y profundo que financie la I+D, así como a un mercado único y abierto que les permita explotar economías de escala, en el mismo sentido que otros países competidores.

Además, la innovación no surge del tamaño per se, sino del dinamismo de un entorno que incentive el emprendimiento, la inversión y la adopción tecnológica, y, como repetidamente se apunta en los informes de la CNMC, es la competencia precisamente la que suele estimular ese marco dinamizador de la eficiencia, la innovación y la inversión.

Principales conclusiones respecto al papel de las Autoridades de Competencia

En suma, las autoridades de competencia aportan valor en tres momentos críticos del ciclo de la política industrial:

- Prevención (ex ante): mediante asesoramiento para asegurar una economía procompetitiva y eficiente, sin distorsiones que alteren el análisis y la decisión de las políticas industriales, o mediante su labor de control de concentraciones económicas. Igualmente, en el caso de España, la autoridad de competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho administrativo

[4] https://www.lavanguardia.com/economia/20251109/11245604/massimo-motta-upf-asegura-competencia-impulsa-productividad-resiliencia-empresas-ep-agenciaslv20251109.html

y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados.

- Implementación (durante): promoviendo criterios de transparencia, neutralidad, proporcionalidad y evaluación en el diseño y la ejecución de la política industrial. Asimismo, la autoridad de competencia debe velar por el cumplimiento de la normativa en materia de defensa de la competencia tal y como dispone la legislación.
- Evaluación (ex post): analizando y supervisando los efectos reales sobre la competencia y formulando recomendaciones de mejora.

Los casos históricos y los análisis recientes muestran que la disciplina competitiva no es un obstáculo para la política industrial, sino su condición de sostenibilidad. Una política industrial sin competencia es como una economía sin precios: pierde la información necesaria para asignar recursos de manera eficiente.

El papel de las autoridades de competencia, por tanto, no debe entenderse como un freno, sino como un sistema de impulso a los buenos incentivos y de control de calidad institucional que mejora la eficacia y la efectividad de la intervención pública. Las políticas industriales con mecanismos competitivos tienden a producir más innovación, mayor productividad y una transición tecnológica más rápida. Por el contrario, las políticas que sustituyen la competencia por discrecionalidad terminan generando dependencia, ineficiencia y pérdida de dinamismo.

En definitiva, una política industrial moderna requiere tanto visión estratégica como disciplina competitiva. Las autoridades de competencia están llamadas a garantizar esta segunda dimensión, contribuyendo a que las políticas públicas no solo impulsen sectores estratégicos, sino que también refuercen los cimientos de un crecimiento sostenible, innovador y equitativo.

Bibliografía

AGHION, P., BLOOM, N., BLUNDELL, R., GRIFFITH, R. y HOWITT, P. (2005). Competition and innovation: An inverted-U relationship. *Quarterly Journal of Economics*, 120 (2), 701-728.

AGHION, P., CAI, J., DEWATRIPONT, M., HARRISON, A. y LEGROS, P. (2015). Industrial Policy and competition. *American Economic Journal: Macroeconomics*, 7, 1-32.

AIGINGER, K., y RODRIK, D. (2020). Rebirth of Industrial Policy and an Agenda for the Twenty-First Century. *Journal of Industry, Competition and Trade*, 20(2), 189-207.

ASENSIO, J. y GANUZA, J.J. (2024). La complementariedad estratégica entre la competencia y política industrial. Funcas, Cuadernos de Información Económica 298, enero/febrero.

BAIXAULI-SOLER, J. S., LOZANO-REINA, G., y SÁNCHEZ-MARÍN, G. (2023). Impulso de la Política Industrial España 2030 a través del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. *Economía Industrial*, 428, 61-74.

BUCHANAN, J. M. y TULLOCK, G. (1962). *The Calculus of Consent: Logical Foundations of Constitutional Democracy*. Ann Arbor: University of Michigan Press.

CRISCUOLO, C. y LALANNE, G. (2024). A New Approach for Better Industrial Strategies. Journal of Industry, Competition and Trade, 24(6). https://doi.org/10.1007/s10842-024-00416-7

DASGUPTA, P. y STIGLITZ, J.E. (1988). Learning by Doing, Market Structure, and Industrial and Trade Policies. *Oxford Economic Papers*, 40(2), 246-268.

HIDALGO, A. (2020). La política industrial española: retos y propuestas. *Economistas*, 170, 6-15.

HIRSCHMAN, A. O. (1958). The Strategy of Economic Development. New Haven: Yale University Press.

HODGSON, G. M. (2004). The Evolution of Institutional Economics: Agency, Structure and Darwinism in American Institutionalism. London and New York: Routledge.

ICN Advocacy Working Group. (2014). Explaining the Benefits of Competition. Washington D.C.: ICN.

JUHÁSZ, R., LANE, N. y RODRIK, D. (2024). The New Economics of Industrial Policy. *Annual Review Economics. 16:213-242.*

LIST, F. (1997), Sistema nacional de economía política, Fondo De Cultura Económica De España (Traducción de la versión inglesa: The National System of Political Economy, London: Longmans, Green and Co., 1909 [del original alemán de 1841].

LUNDVALL, B.-Å. (Ed.). (1992). *National Systems of Innovation: Towards a Theory of Innovation and Interactive Learning*. London: Pinter Publishers.

MYRO, R. (2021). La política industrial en España. En J. Velarde (Ed.), *1000 Economistas Españoles* (pp. 345-362). Madrid: Civitas.

OECD. (2021). The Promotion of Competitive Neutrality by Competition Authorities. OECD Roundtables on Competition Policy Papers, No. 267. París: OECD Publishing

OECD. (2024). Competitive Neutrality Toolkit: Promoting a Level Playing Field. París: OECD Publishing.

OQUBAY, A., CRAMER, C., CHANG, H.J. y KOZUL-WRIGHT, R. (eds), (2020) The Oxford Handbook of Industrial Policy, Oxford Handbooks .

PREBISCH, R. (1959). "Commercial Policy in the Underdeveloped Countries". *American Economic Review*. 49: 251–273.

ROSENSTEIN-RODAN, P. N. (1943). Problems of Industrialisation of Eastern and South-Eastern Europe. Economic Journal, 53(210/211), 202-211.

SEBASTIÁN, M. (2019). La política industrial en España: lecciones del pasado. En J. L. García Ruiz (Coord.), *Políticas industriales en España: pasado, presente y futuro* (pp. 89-126). Madrid: Paraninfo.

VAN BIESEBROECK, J. y ZHANG, H. (2026). Lessons on Industrial Policy from Industrial Organization: *Introduction to the Special Issue. International Journal of Industrial Organization*, 104. https://doi.org/10.1016/j.ijindorg.2025.103243.

WALLIS, J., DOLLERY, B. (1999). Market Failure and Government Intervention. In: Market Failure, Government Failure, Leadership and Public Policy. Palgrave Macmillan, London. https://doi.org/10.1057/9780230372962_2

XIFRÉ, R. (2020). Hacia una nueva política industrial para España. *Papeles de Economía Española*, 166, 46-61.

Evolución de la competencia en la contratación pública

Autores[1]:

Irene Pinilla Melgarejo, Subdirectora Adjunta en la Subdirección de Ayudas Públicas e Informes de Proyectos Normativos, Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC

Manuel J. García Rodríguez, experto TIC en el Departamento de Adquisiciones del Banco de España

Julia García – Royo Díaz, Vocal Asesora en la Subdirección de Ayudas Públicas e Informes de Proyectos Normativos, Departamento de Promoción de la Competencia de la CNMC

Resumen:

La contratación pública tiene un peso económico muy elevado y es un instrumento clave para mejorar la eficiencia del gasto público y promover mercados más competitivos, transparentes e innovadores. No obstante, la disminución sostenida de la participación en las licitaciones ha motivado un proceso de reforma para reforzar la competencia, siendo clave los ámbitos de digitalización, mejor regulación y lucha contra prácticas anticompetitivas.

Palabras clave:

Competencia, concurrencia, contratación pública, eficiencia económica, colusión.

Códigos JEL:

H57, K21, L41, D73.

[1] Las opiniones expresadas en este artículo pertenecen a los autores y no representan necesariamente la posición de las instituciones de la que forman parte.

1. Introducción.

La contratación pública representa una parte significativa de la actividad en las economías avanzadas y, en particular, en la española, donde en 2024 supuso casi el 10,92% del producto interno bruto y en torno a un 24,05% total del gasto público. El volumen de licitaciones en España en 2024 alcanzó los 113.091,40 millones de euros, a través de 206.242 contratos, lo que supuso un aumento con relación al año anterior del 5,78%[2].

Desde la óptica de la competencia, se trata de un sector de máximo interés no solo por su considerable relevancia económica, sino también porque las licitaciones públicas generan competencia por el mercado, al permitir que a través de procedimientos de concurrencia competitiva distintos operadores rivalicen con sus ofertas para convertirse en contratistas. Si las licitaciones se desarrollan en un entorno de competencia, se impulsa a los licitadores a realizar proposiciones de mayor calidad y menor precio, lo que redunda en ganancias de eficiencia del gasto público. Además, la contratación pública, más allá de su función de provisión de bienes y servicios, constituye un instrumento con capacidad para incidir en numerosos sectores productivos y con un notable potencial para promover mercados más competitivos, eficientes y transparentes.

El grado de competencia en las licitaciones públicas está condicionado por el marco regulatorio y por la discrecionalidad técnica reservada a los poderes adjudicadores en el diseño de los contratos, dado que estas decisiones influyen directamente en la participación de los operadores y, por tanto, en la presión competitiva. Además, un diseño adecuado de los procedimientos puede contribuir a prevenir riesgos de prácticas anticompetitivas, como la colusión —comúnmente conocida por su término anglosajón, *bid rigging*—, profundamente dañina y tipificada como infracción muy grave en derecho de la competencia.

Por estas razones, una articulación coherente entre la contratación pública y la política de competencia resulta indispensable para garantizar una rivalidad sana por el mercado, reducir barreras de entrada y maximizar la participación, especialmente para las pymes que representan más del 99% de nuestro tejido empresarial. Esta interacción —competencia y contratación pública— genera efectos positivos demostrables en términos de eficiencia económica, calidad, innovación y bienestar social.

Sin embargo, en los últimos años se ha observado una tendencia descendente en los niveles de concurrencia en las licitaciones, tanto en el ámbito de la Unión Europea (UE) como en el sistema español, lo que limita los beneficios propios de un mercado competitivo y aumenta el riesgo de prácticas anticompetitivas.

En este sentido, son ilustrativas las conclusiones del Informe de fiscalización del Tribunal de Cuentas Europeo (2023), que constata una caída notable de la competencia en la contratación pública en la UE: entre 2011 y 2021, la media de licitadores por procedimiento pasó de 5,7 a 3,2, mientras que los concursos con un único oferente aumentaron del 23,5% al 41,8%[3].

[2] Informe Anual de Supervisión de 2025 (IAS), módulo I, de la Oficina Independiente se Regulación y Supervisión de la Contratación Pública (OIReScon).

[3] Informe Especial 28/2023 del Tribunal de Cuentas Europeo sobre la contratación pública en la UE.

En España, la concurrencia media descendió hasta 2,9 licitadores por procedimiento en 2024, frente a 3,21 en 2022 y 4,09 en 2019. Además, el porcentaje de procedimientos con un único licitador se ha mantenido en niveles muy elevados en los últimos años (40,69% en 2024, 44% en 2023 y 39,93% en 2022)[4].

Este diagnóstico pone de manifiesto una insuficiente concienciación sobre la relevancia de la competencia como condición previa para alcanzar la mejor relación calidad-precio en las licitaciones públicas, así como un cuestionamiento del grado en que las Directivas 2014/23/UE, 2014/24/UE y 2014/25/UE de 26 de febrero, sobre contratación pública[5] han cumplido sus objetivos estratégicos: simplificación, mayor participación especialmente de pymes y competencia, transparencia e integración del mercado interior, entre otros[6].

En consecuencia, en 2024 la Comisión Europea (CE) inició un proceso de reforma del marco jurídico europeo, en el que el análisis del grado de competencia en el mercado interior de la contratación pública se ha convertido en una cuestión central[7].

El objetivo de este artículo es ofrecer una visión general de la evolución del principio de libre competencia en la contratación pública y valorar su aplicación desde 2014 hasta la actualidad, con el fin de proponer medidas que mejoren el grado de competencia en las licitaciones públicas en el contexto del proceso de reforma actualmente abierto en ámbito europeo, centradas en tres ejes: i) la transformación digital, ii) la configuración de un marco regulatorio y decisorio que favorezca la competencia y iii) el refuerzo de la lucha contra las prácticas anticompetitivas.

2. Evolución y balance de la contratación pública desde la perspectiva del principio de libre competencia

La libre competencia como principio orientador de la contratación pública

El principio de libre competencia aplicado a la contratación pública se ha caracterizado, tanto a nivel regulatorio de la UE como nacional, por una progresiva búsqueda de un mercado más eficiente y abierto.

En sus inicios, la normativa comunitaria se centró en la aplicación de las libertades fundamentales del Tratado de Funcionamiento de la UE (TFUE), concretamente en relación con la contratación pública, la libre circulación de mercancías y la libertad de establecimiento, para eliminar barreras entre Estados miembros. En este momento, la competencia se entendía

[4] OIReScon, IAS 2025, módulo I.

[5] La Directiva 2014/23/UE sobre la adjudicación de contratos de concesión; la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, directiva central que regula la contratación pública general (obras, suministros y servicios) por parte de las AA.PP., universidades y hospitales; y la Directiva 2014/25/UE para los sectores del agua, energía, transportes y servicio postal.

[6] Vid. Informe del Tribunal de Cuentas Europeo citado en nota al pie 3.

[7] Comisión Europea (2025). COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT EVALUATION of Directive 2014/23/EU on Concessions, Directive 2014/24/EU on Public Procurement and Directive 2014/25/EU on Utilities y consulta pública para la revisión de las Directivas.

principalmente como la necesidad de garantizar la igualdad de trato, la no discriminación y la transparencia en los procedimientos, abriendo las licitaciones públicas a todos los operadores económicos de la UE.

Con la aprobación de las Directivas de contratación pública de 2014 se consolidó el principio de libre competencia y pasó a situarse como un objetivo estratégico. El considerando primero de la Directiva 2014/24/UE se refiere a la necesidad de fomentar un mercado abierto y competitivo como base del sistema de contratación pública de la UE y el artículo 18 insiste en la no discriminación y transparencia, añadiendo que la contratación se concebirá con la intención de no restringir artificialmente la competencia. Esta visión estratégica se completa, por una parte, con el fomento de la innovación, aspectos sociales y medioambientales y la participación de las pymes y, por otra, con el fortalecimiento de los mecanismos para prevenir la colusión y el fraude.

La legislación nacional de contratación pública se encuentra profundamente condicionada por el marco normativo de la UE. La anterior normativa de 2007 ya recogía el principio de libre concurrencia, pero la vigente Ley 9/2017 de Contratos del Sector Público (LCSP) establece la salvaguarda de la libre competencia como uno de sus fines esenciales (artículos 1 y 132). Ello se concreta en la práctica en la obligación de los responsables de compras públicas de promover la máxima participación de licitadores favoreciendo la publicidad, fijando requisitos proporcionales al objeto del contrato y evitando un diseño de las licitaciones que favorezcan indebidamente a determinados operadores.

La LCSP opera en consonancia con otras leyes para dar al principio de libre competencia su máximo alcance. La Ley 15/2007, de 3 julio, de Defensa de la Competencia (LDC) define y sanciona las conductas anticompetitivas, esencial para garantizar la libre concurrencia y la eficiencia en los procedimientos de la LCSP.

A su vez, los principios de buena regulación —necesidad, proporcionalidad y no discriminación— consagrados en nuestro Derecho administrativo[8] se aplican a toda intervención pública con afectación en el mercado, incluida la contratación pública, con el fin de evitar barreras injustificadas a la competencia entre operadores[9]. Así lo corrobora numerosa jurisprudencia que ha reiterado la necesidad de aplicar estos principios de buena regulación a la contratación pública para lograr la máxima concurrencia competitiva[10].

En los últimos años, impulsada en gran medida por los fondos *NextGeneration EU*, la contratación pública se ha consolidado como una herramienta estratégica clave orientada a la consecución de objetivos de política pública más allá del precio. Este enfoque debería acompañarse de un refuerzo de la profesionalización de los responsables de compras, la integri-

[8] Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las AA.PP. (art. 129), Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (art. 4), Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

[9] CNMC, G-2021-01 Recomendaciones a los poderes públicos para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva

[10] Pueden consultarse, entre muchas otras, las siguientes resoluciones y sentencias:, Resolución 1/2020 del TARC de Castilla y León; STJUE 16 enero 2025, asunto C-424/23,, Resolución TACRC 1137/2021;, STS 1786/2024.

dad, la lucha contra prácticas anticompetitivas y una mayor supervisión, poniendo el acento en la correcta ejecución y evaluación de los contratos.

Evidencias sobre el grado de competencia en las licitaciones públicas

Para evaluar la competencia y la eficiencia en la contratación pública se requiere información completa y de calidad, algo que tradicionalmente ha sido complejo por la dispersión y baja calidad de los datos de licitaciones. En España la LCSP lo corrige mediante la homogenización e interconexión de plataformas de contratación, una mayor publicidad y transparencia de las licitaciones y la creación de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (la ya citada, OIReScon). Por tanto, la paulatina incorporación de los procedimientos electrónicos en las Administraciones Públicas (AA.PP.), el disponer de un repositorio común situado en la Plataforma de Contratación del Sector Público (PLACSP) y la publicación masiva de los contratos mediante datos abiertos y reutilizables, ha permitido que organismos oficiales, investigadores y ciudadanos puedan acceder con relativa facilidad a ellos para sus análisis y estudios.

La contratación pública en España es compleja de analizar cuantitativamente por el alto número y diversidad de poderes adjudicadores (más de 20.000) y el alto volumen de licitaciones (en 2024 hubo 206.000 licitaciones según la OIReScon) que provoca que la calidad de los datos sea muy variable. Además, PLACSP, así como el resto de las plataformas de contratación de las Comunidades Autónomas (CC.AA.), apenas tienen mecanismos para validar y verificar los datos introducidos por el personal público cuando licita. La OIReScon lo remarca en sus informes anuales de supervisión: "*la ausencia de controles de verificación de la información publicada en las plataformas afecta directamente a la calidad del dato en contratación pública*". Por ello, hay que ser prudentes al comparar estudios con diferentes rangos temporales y geografías. En general, cada vez se van teniendo mejores datos de contratación pública: más completos y fiables.

La incompletitud y falta de calidad de los datos también sucede con las licitaciones del resto de países de Europa. La plataforma de contratación gestionada por la Comisión Europea, llamada TED, es donde se deben publicar aquellas licitaciones de los países de la UE que superen ciertos importes estipulados en la normativa, llamados contratos sujetos a regulación armonizada (SARA). De esta manera, en una única plataforma europea se publican los contratos públicos más relevantes para que empresas de cualquier país puedan participar. Cada país tiene su propia plataforma de contratación nacional, muy distintas entre sí. TED dispone de una sección de datos en abierto para la descarga masiva de la información más importante de las licitaciones. Sin embargo, no se puede comparar directamente con PLACSP porque en TED hay menos campos disponibles. También hay que considerar que en TED se publican contratos con importes altos (contratos SARA), mientras que en PLACSP (como en el resto de plataformas de contratación nacionales) se publican todos los contratos, SARA y no SARA. No obstante, sí se pueden comparar las principales magnitudes de competencia entre los distintos países europeos, como ya han hecho instituciones públicas e investigadores académicos y que se mencionarán en este artículo.

Desde hace años, múltiples estudios oficiales han evidenciado una persistente falta de competencia en la contratación pública y una correlación robusta entre escasa concurrencia y

pérdidas de eficiencia económica. El estudio Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España (CNMC, 2019) ya documentaba datos preocupantes analizando las licitaciones españolas de 2012 a 2017. Revela una competencia débil, el 34% de los contratos estatales tiene un único participante y el 66% tres o menos. El procedimiento negociado sin publicidad se usa con frecuencia en contratos pequeños y la elección del procedimiento influye en el coste: el uso del procedimiento abierto reduce el precio en un 9,9% y cada ofertante adicional en una licitación lo disminuye en un 2,1%. Una extrapolación indica que aplicar sistemáticamente el procedimiento abierto habría ahorrado anualmente unos 350 millones de euros. No se recomienda eliminar procedimientos no abiertos, pero sí comprender su coste y justificar su uso para mejorar la gestión eficiente de fondos públicos.

Estudios posteriores han confirmado las conclusiones de la CNMC en 2019, más fiables por la total implantación de la administración electrónica en la contratación pública, mayor publicidad y transparencia y un paulatino aumento de la calidad de los datos en abierto de las licitaciones.

En este apartado se va a estudiar la concurrencia en España y compararla con el resto de Europa basándose en los últimos informes de organismos nacionales como la OIReScon, de organismos internacionales (Comisión Europea, Tribunal de Cuentas Europeo y Banco Mundial) y con artículos académicos de investigadores en contratación pública.

Se muestra en la tabla 1 una primera panorámica para conocer la concurrencia media y el número de contratos con un único licitador[11] (es decir, licitaciones adjudicadas sin competencia). La media ha ido descendiendo, situándose en torno a 3 licitadores por contrato y en el 40% de los contratos sólo hubo un licitador, no hubo competencia. Sin embargo, estos datos a nivel macro deberían ser estudiados, desagregados, por los diferentes factores o causas que afectan a la concurrencia. Finalmente, la baja económica (la reducción del importe de adjudicación con respecto al importe de licitación, expresado en porcentaje) se mueve en torno al 10-12%. Uno de los principios básicos de la economía es que, a más oferentes en un mercado, mayor es la competencia y, consecuentemente, mejora la relación calidad-precio. Esta importante cuestión se analizará más adelante en detalle.

Tabla 1.
Media de licitadores en España entre el 2021 y 2024

Año	Media de licitadores	Contratos con único licitador (%)	Baja económica media (%)
2021	3,88	34,40%	12,22%
2022	3,21	39,92%	10,99%
2023	2,92	44,17%	10,30%
2024	2,94	40,69%	11,24%

Fuente: elaboración propia con datos de los Informes Anuales de Supervisión de la OIReScon.

[11] La OIReScon calcula las medias a nivel de lote si el expediente de contratación los tuviese. Por tanto, cuando el indicador se refiera a contratos, hay que interpretarlo también a nivel de lotes.

Los anteriores indicadores de competencia nacionales se pueden comparar con otros países de Europa. Para ello se tendrá en cuentas el referido e importante Informe 28/2023 sobre contratación pública en la UE (Tribunal de Cuentas Europeo, 2023) que analiza a los 27 países de la UE, Reino Unido, Islandia y Noruega entre 2011 y 2021 utilizando los datos en abierto de TED. En la figura 2 se muestra la media de licitadores de cada país, por años. En España ha ido cayendo la media hasta situarse en 2021 en 4,1 licitadores (similar al 3,88 registrado por la OIReScon). En general, la tendencia europea es a la baja en dicho rango temporal (de 2011 a 2021), situándose en 3,2 licitadores en 2021. Las cuatro grandes economías europeas tienen: 3,5 Italia, 3,5 Francia, 3,9 Alemania y 4,7 Reino Unido.

Figura 2.
Media de licitadores en EU27, Reino Unido, Islandia y Noruega entre 2011 y 2021

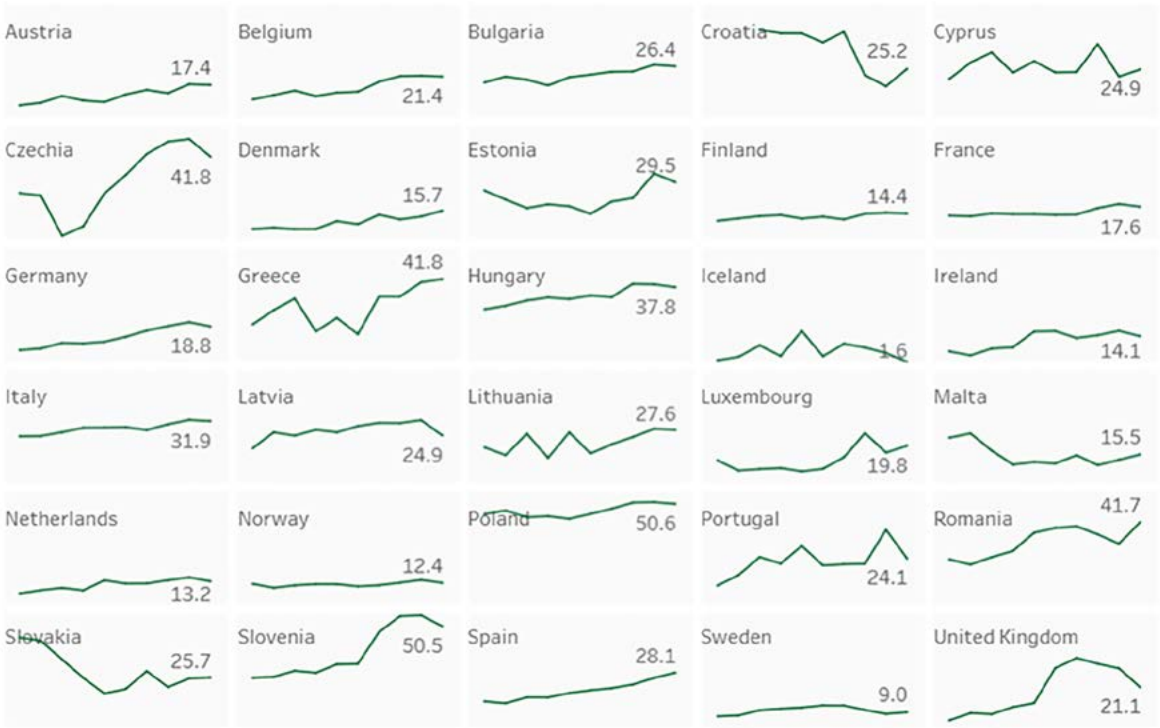


Fuente: Informe 28/2023 del Tribunal de Cuentas Europeo.

Análogamente, en la figura 3 se muestra el porcentaje de contratos con un único licitador. En España ha ido subiendo hasta situarse en 2021 en el 28,1%. Es inferior al 34,40% registrado por la OIReScon, nótese que en TED se publican contratos SARA y eso afecta a las estadísticas (cuanto mayor es el importe del contrato, más incentivos tienen las empresas a participar). En general, la tendencia europea es de subida, situándose en el 41,8% de licitadores únicos en 2021. Las cuatro grandes economías europeas tienen: 17,6% Francia, 18,8% Alemania, 21,1% Reino Unido y 31,9% Italia.

Figura 3.

Porcentaje de contratos con único licitador en EU27, Reino Unido, Islandia y Noruega entre 2011 y 2021



Fuente: informe 28/2023 del Tribunal de Cuentas Europeo.

Adicionalmente, algunas conclusiones relevantes del reciente estudio del Banco Mudial *European Union: Competition in Public Procurement*[12] son:

- Los procedimientos competitivos predominan: el 94% del valor adjudicado sigue procesos abiertos. Esto es significativamente superior a la contratación del Gobierno Federal de EE. UU., donde menos del 50% de los procesos son abiertos.
- La participación transfronteriza sigue siendo baja: solo el 4% del valor adjudicado corresponde a operadores de otros países, a pesar del fuerte comercio entre países de la UE.
- Existe un acceso razonable para nuevos participantes: el 36% de los adjudicatarios fueron nuevos en el sistema en 2023.

[12] Banco Mundial, Study on Competition in the European Union's Public Procurement Markets (2018-2023) elaborado a petición de la CE para evaluar si las Directivas europeas de contratación pública de 2014 han logrado abrir los mercados a la competencia.

Factores que influyen en el bajo nivel de concurrencia en las licitaciones públicas: quién, qué, cómo, dónde y cuánto se contrata

A continuación, se exponen los factores más relevantes que afectan a la concurrencia en las compras públicas, mostrando evidencias empíricas de su impacto. Algunos de estos componentes se pueden modificar por el órgano de contratación para facilitar la concurrencia y, por esta razón, forman parte de las orientaciones recogidas en la Guía sobre la preparación y diseño de las licitaciones públicas elaborada por la CNMC (CNMC, 2025).

¿Quién contrata?

La Administración en España es muy heterogénea, es evidente que el nivel de especialización y recursos es muy diferente en un ministerio o en un pequeño ayuntamiento. Esto tendrá un evidente impacto en la forma de contratar, afectando de manera más o menos directa a la concurrencia. En la figura 4 se muestra la concurrencia y porcentaje de contratos con un único licitador para los 3 niveles de la Administración. Se observa que, en general, la Administración local tiene menos contratos con un único licitador. Sin embargo, la media de licitadores entre la ésta y la Administración autonómica es muy similar. La Administración estatal es la que tiene una media de licitadores más baja, pero cercana a las otras dos Administraciones.

Tabla 4.
Media de licitadores y contratos con único licitador por tipo de Administración en España entre 2021 y 2024

Año	Estatal		Autonómica		Local	
	Media de licitadores	Contratos con único licitador (%)	Media de licitadores	Contratos con único licitador (%)	Media de licitadores	Contratos con único licitador (%)
2021	3,54	37,30%	3,82	40,70%	4,09	29,20%
2022	3,18	41,80%	3,36	42,90%	3,10	37,00%
2023	2,81	43,32%	2,98	51,68%	2,94	37,59%
2024	2,69	43,99%	3,05	42,76%	3,00	37,32%

Fuente: elaboración propia con datos de los Informes Anuales de Supervisión de la OIReScon.

¿Qué se contrata?

El sector determina las barreras técnicas, económicas y comerciales. Los mercados en términos de competencia son muy diversos, por ejemplo, hay pocos operadores económicos

en el ámbito de la defensa si se compara con el sector de la construcción[13]. En la tabla 5 se muestra la media de licitadores y baja económica por aquellos tipos de contrato más relevantes en España para 2024. Se observa claramente cómo las obras tienen 4,51 licitadores de media, muy superior a servicios y suministros, y la baja económica se sitúa en el 10,5%, ligeramente inferior a la de servicios y suministros. Las concesiones, menos representativas en términos de volumen e importe si se comparan con las anteriores, también tienen valores muy diferentes si es de servicio o de obra. Además, se da la paradoja de que la baja económica es mayor en aquella que tiene una media de licitadores menor. Seguramente las estadísticas en concesiones se ven afectadas por su bajo número.

Tabla 5.
Media de licitadores y de baja económica en función del tipo de contrato en España en 2024

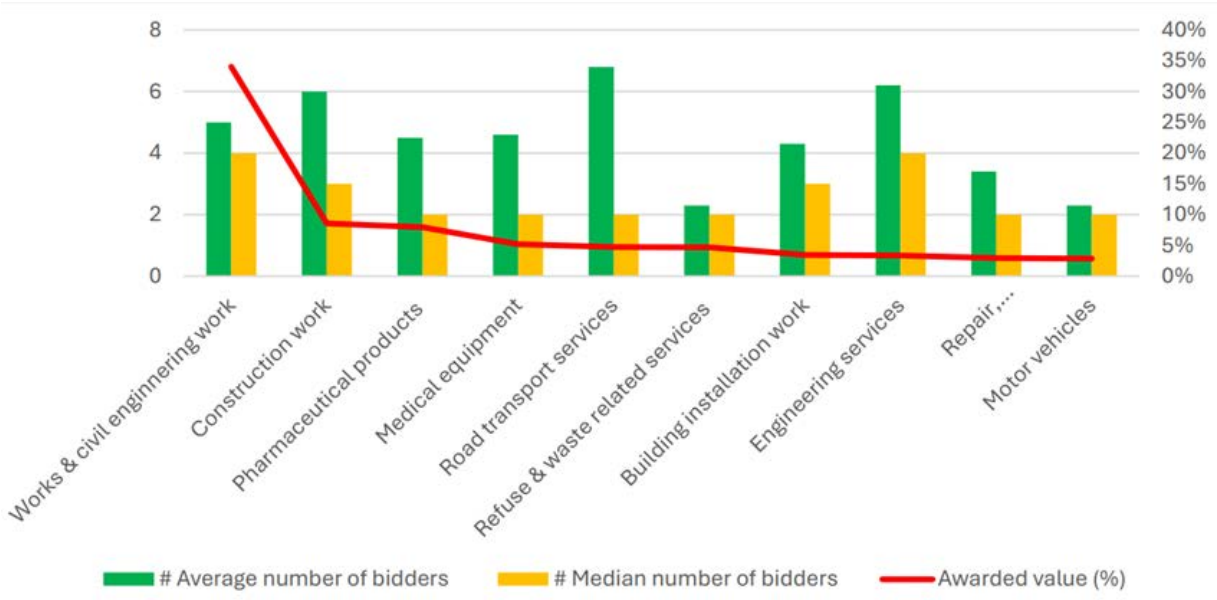
Tipo de contrato	Media de licitadores	Baja económica media (%)
Servicios	2,81	11,91%
Suministros	2,69	11,12%
Obras	4,51	10,50%
Concesión de servicios	2,02	13,85%
Concesión de obras	3,00	5,55%

Fuente: Informe Anual de Supervisión de 2025 de la OIReScon.

Las diferencias entre sectores también se reflejan en las licitaciones de los países europeos. En el gráfico 6 se muestran la media y mediana de licitadores (barras verde y naranja, respectivamente) para los 27 países de la UE entre 2018 y 2023, así como el importe total que supone con respecto al total de la compra pública (línea roja) (Banco Mundial, 2025). Se observan diferencias significativas, tanto en media como en mediana. Por ejemplo, el sector de vehículos a motor tiene 2 licitadores de media, en contraste con otros sectores (servicios de transporte por carretera, trabajos de construcción, trabajos de ingeniería civil, etc.) donde la media es superior a 4 licitadores.

[13] La Guía para evitar los mercados cautivos en la contratación pública (ACCO y Generalitat de Cataluña, 2025) advierte que la dependencia excesiva en un proveedor limita la concurrencia y la competencia en las licitaciones, con riesgos de sobrecostes, menor innovación y de colusión y propone medidas para evitarla comola planificación estratégica, el un diseño adecuado de las licitaciones o la neutralidad tecnológica, etc.

Gráfico 6.
Media y mediana de licitadores por sectores en Europa. El eje vertical derecho indica el porcentaje del importe adjudicado (rojo). Datos de los EU27 entre 2018 y 2023.



Fuente: Estudio del Banco Mundial, 2025.

¿Cómo se contrata?

Otro factor fundamental que impacta en la concurrencia es el tipo de procedimiento utilizado por las AA.PP.. Es un elemento ampliamente estudiado, llegando al consenso de que los procedimientos abiertos son los que más favorecen la competencia. Así se observa en la tabla 7, donde el procedimiento abierto y abierto simplificado tienen medias de licitadores muy superiores a los negociados con o sin publicidad y a los acuerdos marcos. Sin embargo, hay una caída generalizada de la concurrencia a medida que pasan los años para todos los tipos de procedimientos.

Tabla 7.
Media de licitadores por tipo de procedimiento en España entre 2021 y 2024

Año	Abierto	Abierto simplificado	Negociado sin publicidad	Negociado con publicidad	Basado en acuerdo marco
2021	4,38	4,67	1,39	2,90	2,53
2022	3,77	3,42	1,26	2,44	2,54
2023	3,58	3,38	1,19	2,69	2,25
2024	3,07	3,52	1,15	1,78	1,98

Fuente: Informe Anual de Supervisión de 2025 de la OIReScon.

Por tanto, los procedimientos abiertos en términos de competencia son los mejores hasta la fecha. Sin embargo, esto puede cambiar en el futuro si las AA.PP. utilizan intensivamente los sistemas dinámicos de adquisición (SDAs) y los catálogos electrónicos porque permiten una compra pública más ágil, rápida y eficiente. Es decir, más similar a cómo se realiza en el sector privado. No se ha incluido los SDAs en la estadística porque apenas son representativos (la OIReScon registró 13 SDAs en 2024).

¿Dónde se contrata?

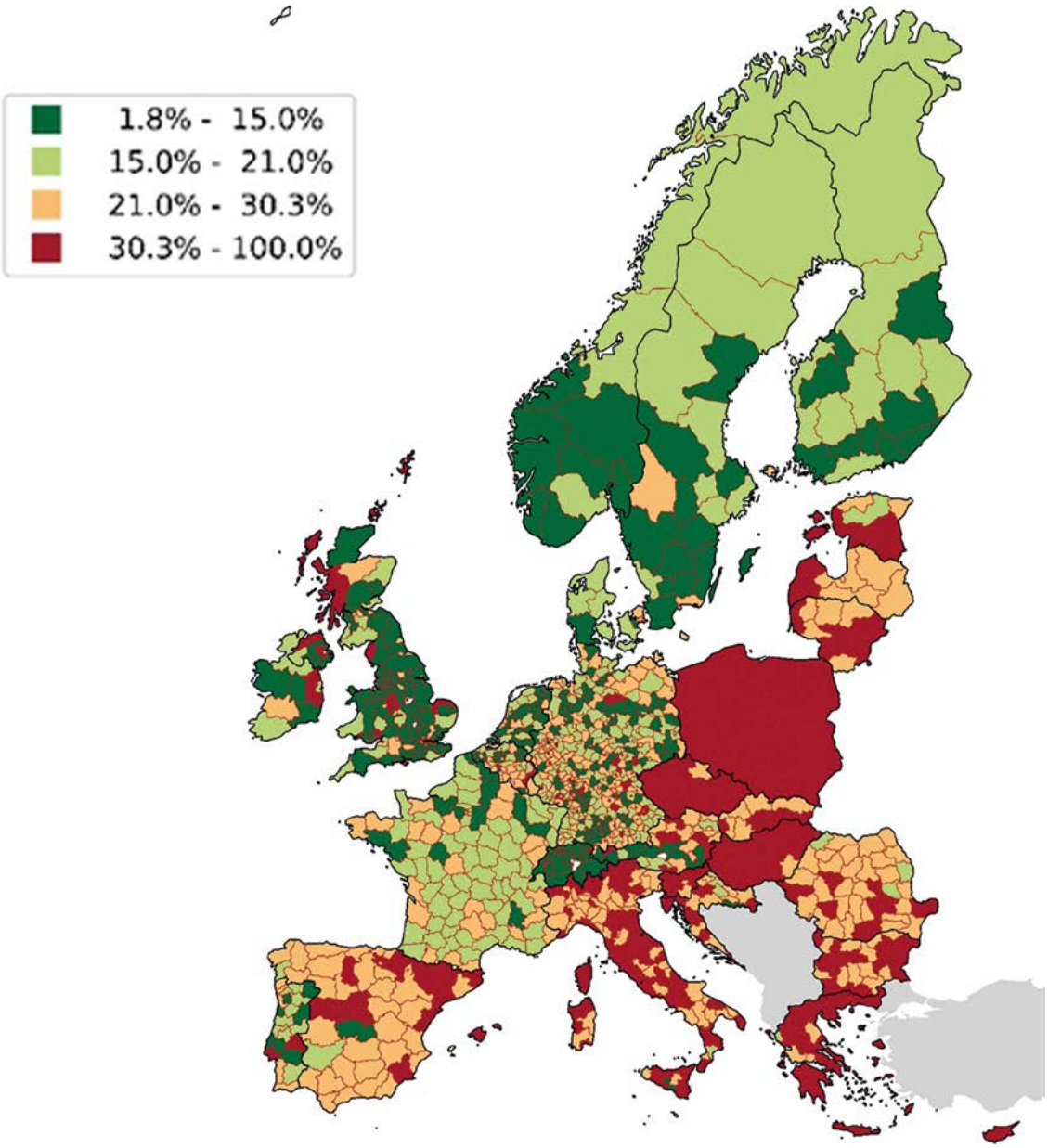
La geografía introduce múltiples condicionantes empresariales, posibles diferentes normativas, costes de acceso, etc. Un ejemplo ilustrativo es la figura 8, donde se muestra el porcentaje de contratos con un único licitador a nivel de región (NUTS3). Se clasifican dichas regiones europeas, en España se corresponde con sus provincias, en 4 grupos. De mejor a peor: verde oscuro (1.8%–15%), verde claro (15%–21%), rojo claro (21%–30.3%) y rojo oscuro (30.3%–100%). Son resultados robustos por comprender 3 millones de contratos aproximadamente obtenidos de la plataforma de contratación TED durante 10 años (2012 a 2022) de los 27 países de la UE, Reino Unido, Suiza y Noruega (García Rodríguez, 2023).

La mayoría de las provincias españolas están en el grupo de color rojo claro y después les siguen las provincias en rojo oscuro. No obstante, hay dos regiones en color verde claro (Pontevedra y Badajoz) e, incluso, una región en verde oscuro (Toledo). Por tanto, hay bastante heterogeneidad a nivel provincial en este indicador de competencia.

Esta diversidad también sucede en el resto de los países europeos, muy marcado en Alemania. Polonia es el único país con todas sus regiones clasificadas en el peor grupo, el rojo oscuro. Se observa un patrón marcado entre los países del arco mediterráneo y Europa del Este (regiones en rojo) con los países del centro y Norte de Europa (regiones en verde). Para profundizar en la contratación transfronteriza y de pymes desagregado a nivel regional europeo se recomienda el Estudio aquí referenciado (García Rodríguez, 2023).

Figura 8.

Porcentaje de contratos con un único licitador por regiones clasificadas en 4 grupos, de menor a mayor porcentaje: verde oscuro, verde claro, rojo claro y rojo oscuro. Datos de los EU27, Reino Unido, Suiza, Noruega entre 2012 y 2022.



Fuente: García Rodríguez, 2023.

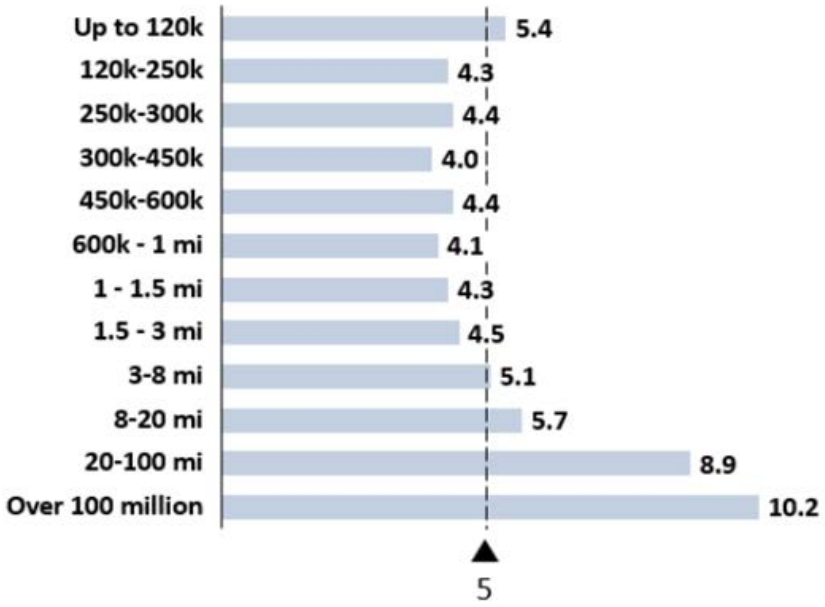
¿Cuánto es el importe del contrato?

Es evidente que el importe es una variable fundamental y que cuantifica la escasez o dificultad del mercado en proveer al cliente el bien que demanda. Un mayor precio, *a priori*, sugiere

mayores incentivos a que las empresas participen en la compra pública. Esto se aprecia en el gráfico 9, elaborado con datos de TED de los 27 países de la UE entre 2018 y 2023 (Banco Mundial, 2025). Se observa que la media se sitúa en 5 licitadores por contrato, pero no se reparte de manera homogénea entre los diferentes tramos de importes, siendo los de mayor cuantía los que obtienen mayores medias de licitadores. Los grandes contratos implican más competencia: sólo el 2,1% de los contratos representa el 62% del valor total y atrae más licitadores (hasta 9,2 licitadores de media en contratos superiores a 20 M€).

Gráfico 9.

Media de licitadores por importe del contrato en la EU27 entre 2018 y 2023



Fuente: Banco Mundial, 2025.

Otros factores cualitativos que afectan a la competencia

Sin ser exhaustivos, se pueden identificar otros factores que podrían explicar los niveles persistentemente bajos de concurrencia en la contratación pública y que exponemos a continuación. En primer lugar, el marco regulatorio excesivamente complejo, fragmentado y poco flexible, donde elementos como la rigidez del régimen de revisión de precios o las prórrogas forzosas, reducen el atractivo de los contratos y disminuyen el interés del sector privado en participar. A ello se suma la insuficiente difusión de la información contractual, que en muchos casos no resulta fácilmente accesible para que los potenciales licitadores puedan identificar oportunidades de negocio entre la diversidad de entidades contratantes en los tres niveles de administración antes expuestos.

En segundo lugar, las decisiones sobre diseño poco favorecedoras de la competencia de los responsables públicos —como la ausencia de estudios previos de mercado, utilización ineficiente de los encargos a medios propios, la introducción de elevadas cargas burocráticas, los requisitos de solvencia innecesarios y desproporcionados, los criterios de adjudicación poco transparentes y subjetivos, los plazos de presentación de ofertas insuficientes o la ausencia injustificada de división en lotes— elevan las barreras de entrada y desincentivan la participación de operadores, especialmente de pymes[14]. Igualmente, las carencias en cuanto a la motivación de las decisiones de los órganos de contratación son factores que contribuyen al desaliento de los operadores a concurrir a futuras licitaciones.

En tercer lugar, la existencia de pliegos concebidos como '*trajes a medida*' en beneficio de un proveedor determinado, junto con otras conductas vinculadas a la falta de integridad, corrupción o conflicto de interés[15] restringen artificialmente la competencia y reducen igualmente la confianza y el número de licitadores potenciales.

En cuarto lugar, en contratación pública se genera un caldo de cultivo propicio para la presencia de prácticas colusorias (p. ej. la predictibilidad y la repetición de licitaciones similares)[16] que distorsiona el proceso competitivo y genera la apariencia de competencia allí donde en realidad no existe[17]. Estas conductas constituyen una de las infracciones más graves del Derecho de la competencia, ya que perjudican al comprador público al elevar los precios o reducir la calidad—se estima que los precios de los bienes y servicios contratados en las licitaciones donde ha existido colusión pueden incrementarse en más de un 20%—, en detrimento de los usuarios finales de los bienes y servicios públicos y de los contribuyentes[18].

La lucha contra el *bid rigging* es una prioridad de las autoridades de competencia: así se refleja en los 32 expedientes resueltos por la CNMC entre los años 2011 y 2023 en los que ha sancionado a empresas por participar en conductas colusorias en procesos de contratación pública, con afectación a mercados muy diversos, desde las licitaciones para el suministro

[14] La CNMC ha publicado una serie de Guías que orientan la toma de decisiones de los órganos de contratación para mitigar o evitar estos riesgos para la concurrencia y la competencia durante todo el ciclo del aprovisionamiento público. Todos estos materiales se encuentran disponibles en la web de la CNMC.

[15] La OCDE viene advirtiendo que el volumen elevado de gasto, la cantidad de contratos y la interacción frecuente entre sector público y privado crean incentivos y oportunidades para sobornos, colusión, favoritismos y otras prácticas corruptas. (OCDE: Integrity in public procurement).

[16] Estas características son advertidas por la OCDE como facilitadoras de colusión. OCDE (2025), OECD Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement.

[17] La colusión es una infracción muy grave prevista en el art. 1 de la LDC y en el art. 101 TFUE.

[18] Existen diversos estudios -Connor, J. (2014) "*Price-Fixing Overcharges: Revised 3rd Edition*"; Smuda, F, (2013) "*Cartel overcharges and the deterrent effect of EU competition law*"- que sitúan en torno al 20-25% los sobreprecios generados por los cárteles en la contratación pública. Según la CE y la OCDE en algunos casos pueden suponer un aumento de hasta el 60% de los costes (Comunicación de la CE relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo (2021/C 91/01) y OCDE (2022) *Director Disqualification and Bidder Exclusion in Competition Enforcement* DAF/COMP(2022)14). La CNMC ha señalado que la ausencia de concurrencia en las licitaciones públicas puede implicar desviaciones presupuestarias del 25% (PRO/CNMC/001/15: Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia).

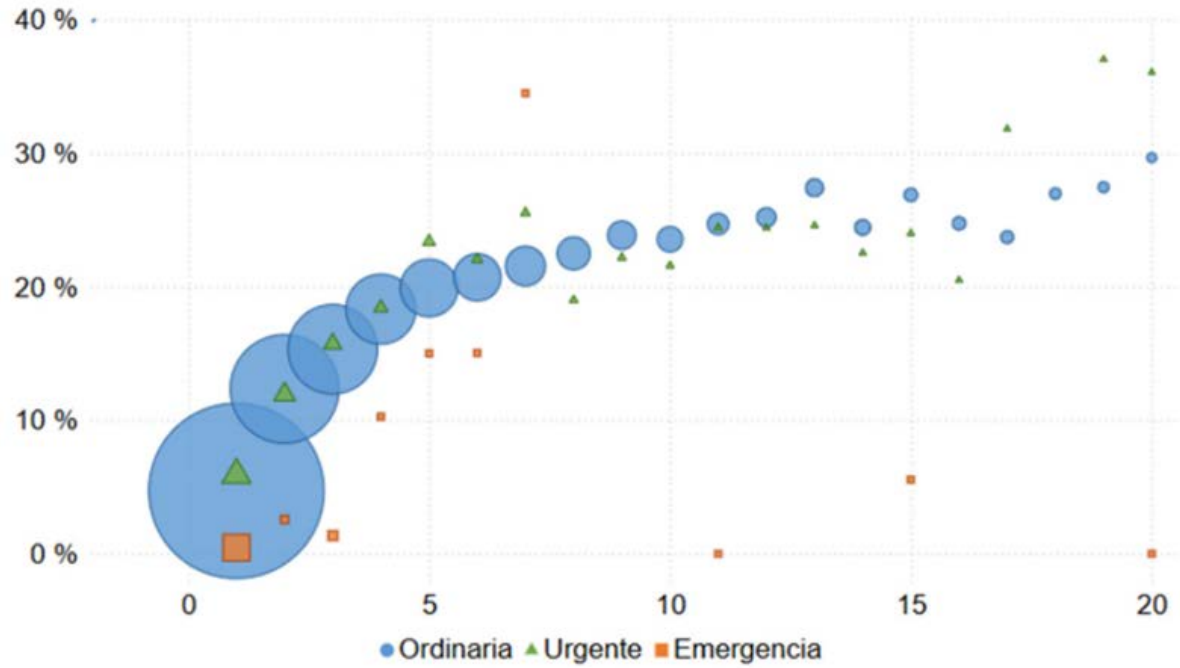
de servicios de informática y tratamiento de datos hasta las licitaciones para el suministro de radares meteorológicos o la conservación de carreteras[19].

Finalmente, otras circunstancias como la coyuntura económica y condiciones externas o excepcionales (inflación, aranceles, pandemias, conflictos bélicos, etc.), afectan de manera directa en los niveles de concurrencia y competencia en las licitaciones públicas.

Una vez expuestos los factores principales que inciden en la competencia en las licitaciones públicas, insistimos en la importancia que tiene la concurrencia tal y como queda patente en la figura 10. Se demuestra empíricamente que al aumentar ésta, la baja económica también aumenta, obteniendo importantes ahorros por parte de las AA.PP.. Esta gráfica se ha construido para los contratos de España en 2024 (OIReScon, 2025), siendo una tendencia común en los distintos informes anuales de la OIReScon.

Figura 10.

Baja económica media (eje vertical) en España en 2024 en función del tipo de tramitación (ordinaria, urgente y emergencia) y según el número de licitadores (eje horizontal). El tamaño de las figuras indica el número de contratos.



Fuente: Informe Anual de Supervisión de 2025 de la OIReScon.

[19] CNMC y BdE (2025). *Diagnóstico y consecuencias económicas del grado de competencia en las licitaciones públicas*. Según la OCDE, la lucha contra la colusión en 2023 siguió siendo una de las formas más comunes de cárteles duros sancionados por las autoridades de competencia, representando cerca del 44% del total de las decisiones por infracción de cárteles (OCDE, Competition trends 2025).

La concurrencia y la competencia efectiva en las licitaciones dependen, por tanto, de que los factores expuestos sean identificados y corregidos mediante distintas iniciativas que proponemos en el siguiente apartado.

3. Propuestas para promover un mercado interior de la compra pública más competitivo

Además del referido Informe especial 28/2023 del Tribunal de Cuentas Europeo, los informes Draghi y Letta han subrayado también la necesidad de revisar las normas de contratación pública para impulsar mediante la misma la innovación y la industria europea y potenciar sectores estratégicos como defensa y materias primas críticas[20].

Todo ello ha impulsado a la Comisión Europea a realizar un primer proceso de evaluación (2024) y otro de revisión (2025) del marco normativo de contratación pública de la UE para adaptarlo a los nuevos desafíos económicos, geopolíticos y estratégicos[21].

En este apartado presentamos nuestras propuestas, organizadas en tres ejes, orientadas a revertir el déficit de participación y a mejorar el grado de competencia en las licitaciones públicas.

Transformación digital de la contratación pública

La transformación digital constituye un pilar fundamental para avanzar hacia procesos más eficientes y competitivos, aliviando en lo posible la carga administrativa para los órganos de contratación. Además, la digitalización permite gestionar grandes volúmenes de datos de manera estructurada y accesible, facilitando el análisis y la toma de decisiones basadas en evidencias. La interoperabilidad entre plataformas de contratación es clave para evitar duplicidades, mejorar la trazabilidad y garantizar que los datos sean reutilizables y comparables (tanto a nivel nacional como europeo). Además, se debe garantizar una neutralidad tecnológica para asegurar que los sistemas informáticos adoptados no favorezcan a proveedores concretos, promoviendo así la igualdad de oportunidades entre los operadores tecnológicos. Todo ello contribuye a reducir barreras de entrada, especialmente para las pymes, y a incrementar la concurrencia en las licitaciones.

Por otro lado, la transformación digital facilita la evaluación *ex post* de los procedimientos de contratación, permitiendo analizar de forma sistemática el grado de competencia alcanzado en cada licitación, entre otros resultados relevantes: uso de los diferentes tipos de procedimientos de contratación, división de la licitación en lotes, participación de uniones temporales de empresas, perfil de las empresas licitadoras (información pública disponible en el Registro Mercantil), etc. Por tanto, sería de especial interés para las entidades de control interno (intervención) y control externo (tribunales de cuentas), autoridades de la competen-

[20] The Draghi report on EU competitiveness y "Much more than a market", Letta report.

[21] La decisión de Europa - Orientaciones políticas 2024-2029. En el momento de redacción de este artículo, se encuentra abierta la consulta pública para la revisión de las Directivas y se espera que a finales de 2026 la CE presente su propuesta.

cia, investigadores policiales, supervisores, académicos, etc. Además, el uso de tecnologías avanzadas, como el análisis masivo de datos en abierto, refuerzan la transparencia y la supervisión, generando confianza tanto en los operadores económicos como en la ciudadanía. Así, la digitalización no solo agiliza y simplifica los trámites, sino que también impulsa una contratación pública más eficiente, transparente y orientada a la mejora continua.

Hay que resaltar la importancia que tendrá la Inteligencia Artificial (IA) en la contratación pública en el corto y medio plazo, como ya está sucediendo en otros campos. La IA de tipo generativo puede ayudar tanto a las AA.PP. como al sector privado en tareas fundamentales como, por ejemplo, en la redacción del pliego de licitación, en la redacción de la memoria técnica de la empresa licitadora o en la valoración de las ofertas. Esto conlleva beneficios, pero también riesgos. Una ventaja es que se facilita, *a priori*, la licitación y presentación de ofertas por lo que tendría un impacto positivo al aumentar la concurrencia, especialmente entre las pymes. Sin embargo, el uso excesivo o inadecuado puede conseguir que se presenten más ofertas, pero de peor calidad, al estar redactadas con IA sin supervisión de los expertos (análogamente puede ocurrir a los pliegos) o que haya una lucha de IAs sin intervención humana: Administración *versus* empresa. En conclusión, la IA es una novedosa herramienta, en continuo desarrollo, que se debe de utilizar con precaución y mesura.

Regulación e implementación de medidas procompetitivas

La transformación digital debe complementarse con una reforma del marco normativo que simplifique y clarifique los procedimientos y refuerce las medidas que promueven una mayor participación de licitadores en los contratos públicos.

Como punto de partida consideramos necesario reforzar la motivación de todos los actos que jalonan el proceso de licitación, considerando la amplia discrecionalidad técnica reservada a los órganos de contratación tanto para configurar las condiciones del procedimiento como para la posterior valoración de las ofertas. Dicha potestad no es ilimitada y debe ejercerse de forma respetuosa con el principio de libre competencia[22]. Por ello, para limitar posibles excesos de discrecionalidad, deben explicarse las razones justificativas que en cada caso han llevado a tomar esas decisiones, motivarse y hacerse públicas las decisiones que inciden en la participación de los operadores económicos y en sus posibilidades de competir por el contrato[23].

Entre ellas, destaca la necesidad de exigir legalmente que el recurso a herramientas alternativas a la contratación pública, como en esencia los encargos a los medios propios o, incluso, en determinados convenios de colaboración, se justifique por razones de eficiencia. Si bien la cooperación entre entidades públicas ofrece sin dudas ventajas en términos de agilidad, predictibilidad y control sobre la ejecución de las prestaciones, su utilización injustificada o

[22] Así lo ha recordado recientemente el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía en la Resolución 382/2021, de 15 de octubre.

[23] La OIReScon recomienda reforzar la motivación por parte de los órganos de contratación dada la cantidad de recursos en materia de contratación pública interpuestos y del porcentaje de ellos que tienen éxito (OIReScon, IAS 2025, módulo IX).

abusiva puede conducir a una menor eficiencia y a una reducción de la competencia en los mercados. No debe olvidarse que, al ser una vía que prescinde de la concurrencia competitiva del mercado, su incorrecta utilización (injustificada o desproporcionada) representa un riesgo real de distorsión de la competencia[24].

Otra herramienta esencial consiste en impulsar definitivamente la cultura de la planificación de todas las necesidades de aprovisionamiento público. Las constatadas deficiencias en planificación[25] favorecen la proliferación de procedimientos que limitan la concurrencia y la insuficiencia de plazo para la preparación de ofertas, lo que deriva en una escasa concurrencia de licitadores y compras ineficientes (de baja calidad o elevado coste), potencialmente sobredimensionadas y, en ocasiones, de viabilidad cuestionable. Una adecuada planificación y la publicación de los planes de compras favorecen la transparencia, aumentan la confianza y fomentan la participación de los operadores que podrán prepararse mejor, evaluar su capacidad y concurrir en mejores condiciones[26]. Además, la publicidad temprana reduce asimetrías de información y contribuye a generar un entorno más abierto y competitivo.

Tras la planificación, es imprescindible que el órgano de contratación prepare y diseñe licitaciones que sean atractivas para el mercado. Un pilar de esta estrategia es la máxima difusión de la convocatoria, utilizando no solo los canales oficiales, sino también plataformas y medios que lleguen efectivamente al sector interesado, asegurando que el mayor número posible de potenciales licitadores tenga conocimiento de la oportunidad (p. ej. portales sectoriales, redes sociales). Complementariamente, un exhaustivo análisis de mercado previo es indispensable para comprender la oferta existente, los precios de referencia y las capacidades de los operadores económicos, lo que permite establecer expectativas realistas y condiciones equilibradas.

Una vez se ha preparado adecuadamente, es necesario favorecer la participación del mayor número de licitadores posible, mediante una definición clara del objeto del contrato planteada en términos funcionales (*qué* necesito resolver y no limitar el *cómo*), la priorización de división en lotes, especialmente pensando en la capacidad y especialización de las pymes, y el establecimiento de requisitos de acceso necesarios y proporcionados con la naturaleza y complejidad del contrato. Si no se consigue, se introducen en la licitación barreras artificiales que dificultarán la participación, especialmente las pymes[27].

La simplificación y normalización de trámites es otra de las claves para incrementar los niveles de participación, reduciendo la burocracia administrativa que históricamente ha sido el principal disuasorio para el pequeño y mediano licitador. La implementación de la estandarización de procedimientos, como las técnicas de racionalización, particularmente los sis-

[24] Interesa, la Guía CNMC sobre encargos a medios propios y convenios (2023) y la STS de 20 septiembre de 2018.

[25] Según la OIReScon IAS 2025, en 2024 el 95,28% de los órganos de contratación incumplió la obligación de publicar la programación de la actividad contractual en el perfil del contratante.

[26] Con el fin de evitar el riesgo de colusión, la CNMC recomienda que no se indique información contractual muy detallada antes de que se realice la convocatoria de cada licitación. Guía CNMC sobre planificación de la contratación (2020).

[27] Diferentes ejemplos pueden encontrarse en la citada Guía CNMC sobre la preparación y diseño de las licitaciones públicas, (2025).

temas dinámicos de adquisición combinados con catálogos electrónicos, la utilización de procedimientos abiertos y simplificados, junto con la consolidación de las ventanillas únicas y la interconexión de portales, permiten reducir drásticamente los costes de transacción. El recurso a la declaración responsable, en lugar de la presentación exhaustiva de documentos *a priori*, es un ejemplo claro de cómo la confianza administrativa, respaldada por la verificación posterior, agiliza la fase de presentación de ofertas.

Asimismo, es conveniente que se revisen las rigideces de la fase de ejecución, como el régimen de revisión de precios y el de las prórrogas forzosas, que han demostrado lastrar el interés de los operadores en acceder a las oportunidades de negocio que ofrece la contratación pública.

Refuerzo de la lucha contra prácticas anticompetitivas

Un eje esencial para mejorar la concurrencia es el refuerzo de la lucha contra las prácticas anticompetitivas, tanto en su vertiente preventiva como en la de detección y reacción por parte de los responsables de compras públicas.

En este sentido, la profesionalización de los órganos de contratación constituye una herramienta decisiva: la capacitación técnica en materia de competencia, la identificación de señales de alerta de colusión y el diseño de licitaciones procompetitivas reducen significativamente el riesgo de conductas ilícitas. Los recientes Marcos Nacionales de Competencias en Contratación Pública deberían incluir en sus programas estas cuestiones. Este esfuerzo debe ir acompañado de una colaboración estable entre los órganos de contratación y las autoridades de competencia, que permita compartir conocimiento, elaborar guías prácticas y establecer protocolos de actuación. Asimismo, la habilitación de canales de denuncia confidenciales facilita que operadores y empleados públicos puedan alertar de indicios de prácticas colusorias.

Por otro lado, consideramos necesario promover la aplicación efectiva de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia (artículo 71.1 LCSP), junto con la exigencia de programas de cumplimiento en materia de derecho de la competencia adecuados y la existencia de registros públicos y abiertos de operadores inhabilitados por este motivo que actúa como potente incentivo disuasorio. En este ámbito también juegan un papel clave las autoridades de competencia que deberán coordinar sus decisiones al respecto para generar seguridad jurídica.

Igualmente, resulta esencial la detección y adecuada reacción ante ofertas que presenten indicios de colusión, así como, en su caso, la posible exclusión de los operadores económicos implicados, de conformidad con el artículo 150.1 de la LCSP[28]. Esta obligación de reacción por parte de la mesa y del órgano de contratación exige la referida capacitación y una adecuada colaboración interna, a fin de que, con carácter previo a la tramitación del procedi-

[28] Se complementa con la obligación general de comunicación de sospechas de prácticas anticompetitivas a las autoridades de competencia *ex* art. 132 LCSP.

miento, dispongan de orientación clara sobre los pasos a seguir, la autoridad de competencia a la que dirigirse y la documentación que debe remitirse[29].

Paralelamente, nos parece esencial que las autoridades de competencia refuercen su capacidad para detectar de oficio prácticas colusorias en licitaciones públicas mediante la inversión en unidades especializadas y el desarrollo de herramientas de IA[30]. En este ámbito, es necesario que se les garantice acceso directo a toda la información sobre las licitaciones (con independencia del nivel de administración y que incluya datos como las ofertas no ganadoras) y empresas (información pública disponible en el Registro Mercantil), al mismo tiempo que se avance en la calidad de los datos. Otras fuentes de información para perseguir la corrupción en la compra pública serían los datos fiscales y la relación empresarial con terceros (Agencia Tributaria) o el parentesco familiar (Registro Civil).

Finalmente, debería fomentarse la introducción en los pliegos de cláusulas que prevean la resolución del contrato y la imposición de penalidades en caso de acreditarse que las adjudicatarias infringen la normativa de competencia afectando a dichas licitaciones. A través de las reclamaciones de este tipo de daños, las administraciones contratantes contribuyen, por un lado, a resarcirse económicamente por el daño producido al erario, reforzando la confianza de la ciudadanía en una correcta gestión pública y, por otro lado, a disuadir futuras conductas anticompetitivas[31].

4. Conclusiones

La contratación pública es una actividad económica clave con un enorme impacto en la competencia en los mercados. Asimismo, la competencia actúa como un mecanismo esencial de eficiencia, al favorecer que los bienes y servicios ofrecidos a las entidades públicas se ajusten de forma más precisa a sus necesidades, generando precios más bajos, mayor calidad, más innovación y productividad y, en términos generales, una mejor relación calidad-precio en beneficio de los usuarios de los servicios públicos y de los contribuyentes.

Gracias a los avances en transparencia, la evidencia empírica disponible sobre los datos de contratación pública revela importantes deficiencias en participación y competencia, lo que implica un riesgo elevado de pérdida de eficiencia y de presencia de prácticas anticompetitivas. En este contexto, se ha abierto en la actualidad un debate sobre la reforma del marco jurídico a nivel de la UE, que tendrá un impacto directo en las legislaciones nacionales y en su aplicación.

[29] Interesan las orientaciones de la CNMC para la detección y reacción de prácticas colusorias recogidas en: https://www.cnmc.es/guia/competencia-contratacion-publica

[30] En este ámbito destaca BRAVA (*Bid Rigging Algorithm for Vigilance in Antitrust*) que es una herramienta de IA desarrollada por la CNMC para apoyar la detección de prácticas anticompetitivas en licitaciones públicas y que ha sido reconocida internacionalmente.

[31] Interesa la Guía CNMC para la reclamación de daños por ilícitos de competencia (2023) y la Guía de la Autoridad Catalana de Competencia Reclamación de daños causados a las Administraciones públicas por prácticas anticompetitivas (2023)

Aprovechando esta ventana de oportunidad, contribuimos a este proceso de reforma identificando los principales factores que desalientan la participación de operadores y proponiendo medidas para combatirlos, estructuradas en tres ejes: (i) la transformación digital de la contratación pública con la idea de fortalecer la calidad y análisis de los datos que permitan adoptar decisiones basadas en evidencias; (ii) la regulación e implementación de medidas procompetitivas para el diseño de las licitaciones favorezca la participación y se produzca una rivalidad sana entre oferentes por el mercado; y (iii) el refuerzo de la lucha contra las prácticas anticompetitivas, invirtiendo en la capacitación de los responsables de compras públicas para prevenir, detectar y reaccionar ante sospechas de prácticas anticompetitivas. Con ello, se pretende avanzar hacia un sistema de contratación europeo y nacional más competitivo, eficiente y alineado con los objetivos de interés público.

Bibliografía

BANCO MUNDIAL (2025). *Study on Competition in the European Union's Public Procurement Markets (2018-2023).* Washington, D.C.: World Bank Group.

CNMC (2015). *Análisis de la contratación pública en España: oportunidades de mejora desde el punto de vista de la competencia.*

CNMC (2019). *Radiografía de los procedimientos de contratación pública en España*.

CNMC (2021). *Recomendaciones a los poderes públicos para una intervención favorecedora de la competencia en los mercados y la recuperación económica inclusiva.G-2021-01.*

CNMC. *Guías sobre Contratación Pública y Competencia*: Fase I. *Guía sobre Planificación de la contratación pública* (2020), https://www.cnmc.es/expedientes/g-2019-02; Fase II. *Guía sobre los encargos a medios propios y convenios de colaboración* (2023) https://www.cnmc.es/expedientes/g-2020-01; y Fase III. *Guía sobre la preparación y diseño de las licitaciones públicas* (2025) https://www.cnmc.es/sites/default/files/6144918.pdf.

CNMC y BANCO DE ESPAÑA (2025). *Diagnóstico y consecuencias económicas del grado de competencia en las licitaciones públicas*. Documentos Ocasionales. 2523.

COMISIÓN EUROPEA, (2025). *COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT EVALUATION of Directive 2014/23/EU on Concessions, Directive 2014/24/EU on Public Procurement and Directive 2014/25/EU on Utilities*. SWD(2025)332.

COMISIÓN EUROPEA (2021). *Comunicación relativa a las herramientas para combatir la colusión en la contratación pública y a las orientaciones acerca de cómo aplicar el motivo de exclusión conexo.* (2021/C 91/01)

COMISIÓN EUROPEA (2023). *Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo sobre la lucha contra la corrupción.*

DRAGUI, Mario (2024). *The future of European competitiveness: A Competitiveness Strategy for Europe*.

GARCÍA RODRÍGUEZ, M. (2023). *European public procurement (2012–2022): indicators and maps of competition and SME participation for crossborder analysis based on TED data*. Comisión Europea.

LETTA, Enrico (2024). *Much more than a market.* Luxemburgo, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea.

OCDE (2021), *Recommendation of the Council on Competitive Neutrality.*

OCDE (actualización 2023), *Recommendation of the Council on Fighting Bid Rigging in Public Procurement*.

OCDE (2024), *Competitive Neutrality Toolkit.* I

OCDE (actualización 2025), *Guidelines for Fighting Bid Rigging in Public Procurement.*

OCDE (2025), *Competition Trends 2025.*

OIReScon. *Informes Anuales de Supervisión. Las cifras de la contratación pública* (2022-2025). https://www.hacienda.gob.es/es-ES/Oirescon/Paginas/ias.aspx

Tribunal de Cuentas Europeo (2023). *Contratación pública en la UE (informe especial 28/2023)*. http://doi.org/10.2865/441313

La prohibición de contratar como consecuencia del ilícito *antitrust* tras las recientes sentencias del Supremo

Autores[1]:

Susanna Grau Arnau - *Autoritat Catalana de la Competència*. Directora General

Carmen Campo Fanlo - *Autoritat Catalana de la Competència*. Responsable de Instrucción de Expedientes

Resumen:

Recientes sentencias del Tribunal Supremo se han pronunciado sobre cuestiones clave vinculadas a la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia. Han confirmado tanto la facultad de las autoridades de competencia para determinar su alcance y duración como los criterios aplicables para concretar el ámbito de tal medida.

Ello comporta relevantes implicaciones prácticas tanto para las autoridades de competencia como para los órganos de contratación y las empresas, que han de hacer frente a esta posible consecuencia.

Palabras clave:

Defensa de la competencia, contratación pública, causas de exclusión, colusión, self-cleaning.

Códigos JEL: K12, K21, L4

[1] Las opiniones de las autoras plasmadas en este artículo son personales y no vinculan a la institución en la que prestan servicios.

1. Introducción.

La interacción entre el Derecho de la competencia y el Derecho de la contratación pública ha adquirido en los últimos años una relevancia creciente, especialmente en lo que respecta a las posibles consecuencias jurídicas derivadas de conductas colusorias. Consecuencias que abarcan tanto el procedimiento de exclusión, ligado al artículo 57.4 de la Directiva 2014/24/UE (Directiva), previsto en el artículo 150 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), como la prohibición de contratar por este mismo motivo, configurada en el artículo 71.1.b) de la LCSP. Medidas con un importante potencial disuasorio para salvaguardar las condiciones de competencia en el marco de los procedimientos de contratación, puesto que persiguen preservar la integridad del sistema de contratación y garantizar que la Administración solo contrate con operadores económicos que ofrezcan las debidas garantías de integridad y fiabilidad.

Al respecto, la determinación de qué órgano es competente para concretar el alcance y la duración de la prohibición de contratar establecida en el artículo 71.1.b) de la LCSP ha sido en los últimos años objeto de una controversia jurídica significativa. En particular, se ha cuestionado si las autoridades de competencia pueden fijar tales extremos en el marco de sus resoluciones sancionadoras -como viene haciendo la *Autoritat Catalana de la Competència* (ACCO) desde el año 2019-, o si dicha competencia correspondía exclusivamente al Ministro de Hacienda y Función Pública, a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

Las recientes sentencias del Tribunal Supremo (TS) nº 1655/2025, de 16 de diciembre, y nº 50/2026, de 26 de enero, han venido a zanjar este debate, afirmando de manera expresa que la LCSP habilita a las autoridades de competencia para determinar, en su propia resolución sancionadora, el alcance objetivo y la duración de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia. Asimismo, también se pronuncian sobre otras cuestiones clave relativas a este tipo de prohibiciones de contratar: su naturaleza jurídica, régimen de nacimiento y ejecutividad, y compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, por ejemplo.

Tras esta cuestión principal -habilitación de la autoridad de competencia para incluir tal medida en sus resoluciones-, estaba también pendiente de pronunciamiento del TS, otra de gran importancia práctica: ¿en base a qué criterios debe efectuarse la concreción de la prohibición de contratar? Pues bien, el TS acaba de resolver este asunto en su reciente sentencia nº 181/2026, de 18 de febrero.

El presente trabajo se centra en analizar el alcance de esta nueva doctrina jurisprudencial, examinar los debates jurídicos en ella planteados, y valorar sus posibles implicaciones, poniendo especial atención a las cuestiones aún abiertas y a los retos que plantea su aplicación práctica.

2. Cuestiones jurídicas analizadas por el Tribunal Supremo

Antes de examinar en profundidad los distintos aspectos jurídicos tratados por el TS en estas sentencias, resulta conveniente explicar brevemente el camino recorrido hasta llegar aquí.

De una parte, las sentencias en las que el TS confirma la capacidad de las autoridades de competencia para determinar el alcance y temporalidad de la prohibición de contratar traen causa de la resolución de la ACCO, de 23 de diciembre de 2019, recaída en el Exp. 94/2018 - Licitaciones del Servicio Meteorológico de Cataluña[2]. En dicha resolución, la ACCO sancionó a las empresas MCV y ADASA por haber incurrido en una infracción única y continuada del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), consistente en acuerdos de reparto de licitaciones públicas relativas a la instalación y el mantenimiento de radares y estaciones meteorológicas, licitaciones convocadas por el Servicio Meteorológico de Cataluña. Asimismo, les impuso una prohibición de contratar limitada, desde el punto de vista objetivo, a las licitaciones convocadas por el propio Servicio Meteorológico de Cataluña que tuvieran el mismo objeto contractual que aquellas afectadas por el cártel, y con una duración de dieciocho meses[3].

Tanto ADASA como MCV presentaron sendos recursos contencioso-administrativos contra esta resolución ante el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (TSJCAT) en los que planteaban diversas cuestiones. Entre otras, y en relación con el objeto del presente artículo, defendían la ausencia de competencia de la ACCO -y en general de todas las autoridades de competencia- para determinar en sus resoluciones el alcance y temporalidad de la prohibición de contratar.

Analizadas las cuestiones planteadas en los mismos, el TSJCAT, en sus sentencias núm. 3289/2022, ECLI:ES:TSJCAT:2022:11361 y 3273/2022, ECLI:ES:TSJCAT:2022:9189, ambas de 28 de septiembre de 2022, no acogió los argumentos presentados por las empresas sancionadas en relación con este punto en concreto y, tras corroborar la responsabilidad de las empresas en la conducta anticompetitiva sancionada, confirmó de manera expresa la competencia de la ACCO para acordar en sus resoluciones sancionadoras la prohibición de contratar con la Administración pública, precisando su alcance y su duración.

Sentencias del TSJCAT contra las que tanto MCV como ADASA presentaron recurso de casación ante el TS. Recursos que el Alto Tribunal ha resuelto mediante las siguientes sentencias:

- Sentencia del Tribunal Supremo nº 1655/2025, de 16 de diciembre de 2025, ECLI:ES:TS:2025:6103
- Sentencia del Tribunal Supremo nº 50/2026, de 26 de enero de 2026, ECLI:ES:TS:2026:178

[2] Primera resolución en la que la ACCO determinó el alcance y duración de la prohibición de contratar, habiéndole seguido las siguientes: resolución de 21 de julio de 2020, Exp. 100/2018 - Aerobús; resolución de 18 de mayo de 2021, Exp. 105/2019 - Playas Sant Andreu de Llavaneres; resolución de 21 de julio de 2021, Exp. 102/2019 - Aerobús 2; resolución de 19 de mayo de 2021, Exp. 103/2019 - Servicios de visitas médicas; resolución de 21 de septiembre de 2022, Exp. 108/2020 - CP Servicios de organización de eventos y resolución de 7 de marzo de 2024, Exp. 101/2018 - L9/L10 Metro.

[3] Recordar el plazo máximo de 3 años para la duración de las prohibiciones de contratar establecido en el artículo 72.6 LCSP.

Ambos recursos se centraron en la misma cuestión de interés casacional objetivo[4], resuelta en las dos sentencias utilizando similar argumentación. De hecho, la segunda de ellas indica textualmente (pág. 55) que la cuestión de interés casacional que en ella se plantea ha sido ya examinada y resuelta en la anterior sentencia nº 1655/2025, por lo que procede a "*reiterar las consideraciones expuestas en la citada sentencia*". Por ello, y en aras a facilitar la lectura del presente artículo, las citas que a continuación se incluyen, en relación a esta cuestión se referirán a la primera de dichas sentencias, la nº 1655/2025.

En estos recursos, la cuestión de interés casacional objetivo analizada es: *"completar, matizar o precisar la jurisprudencia sobre la prohibición de contratar en el ámbito de defensa de la competencia, y, en concreto, determinar, desde la perspectiva de los artículos 53 LDC y 72.2 LCSP, cuál es la autoridad administrativa competente para imponer dicha prohibición de contratar."*.

De otra parte, la sentencia del TS relativa a los criterios aplicables para determinar el alcance y la temporalidad de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia trae causa de la resolución de la ACCO, de 21 de julio de 2020, Exp. 100/2018 - Aerobús. En dicha resolución, la ACCO sancionó a varias empresas por haber incurrido en una infracción del artículo 1 de la LDC, en particular, por una conducta colusoria consistente en acordar la presentación de una oferta de cobertura en la licitación para la concesión del servicio público de transporte colectivo urbano de viajeros en autobús entre Barcelona y el aeropuerto del Prat de Llobregat (Aerobús), promovida por el Área Metropolitana de Barcelona. Asimismo, les impuso una prohibición de contratar limitada, desde el punto de vista objetivo, a las licitaciones convocadas por el propio Área Metropolitana de Barcelona relativas al servicio de transporte de viajeros por carretera, con una duración de dieciocho meses.

Las empresas sancionadas recurrieron ante el TSJCAT la resolución de la ACCO, quien consideró plenamente acreditados los hechos, así como la calificación jurídica y, para lo que aquí interesa, que la ACCO disponía de capacidad para imponer la prohibición de contratar, pero redujo la duración de la misma[5].

El TS admitió los recursos de la ACCO, mediante autos de 6 de julio de 2023 y de 13 de septiembre de 2023[6], estableciendo como cuestión de interés casacional objetivo: *"(...) determinar si resultan aplicables los criterios para la determinación del importe de las sanciones establecidos en el artículo 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, a efectos de la proyección del principio de proporcionalidad a la prohibición de contratar del artículo 71 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público."*. El primero

[4] Establecidas en los Autos de admisión del TS nº 2893/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2893A y 2894/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2894A, de fecha 16 de marzo de 2023 ambos.

[5] El TSJCAT dictó las siguientes sentencias en este asunto: la nº 4642/2022, de 23 de desembre de 2022, ECLI:ES:TSJCAT:2022:10845; la nº 4600/2022, de 22 de diciembre de 2022, ECLI:ES:TSJCAT:2022:11230; la nº 4652/2022, de 23 de diciembre de 2022, ECLI:ES:TSJCAT:2022:11682; la nº 1/2023, de 9 de enero de 2023, ECLI:ES:TSJCAT:2023:1510 y la nº 4514/2022, de 19 de diciembre de 2022, ECLI:ES:TSJCAT:2022:11622.

[6] Autos nº 9842/2023, de 6 de julio de 2023 ECLI:ES:TS:2023:9842A y nº 11654/2023, de 13 de septiembre de 2023 ECLI:ES:TS:2023:11654A.

de estos recursos, como hemos avanzado, acaba de ser resuelto por el TS en su sentencia nº 181/2026, de 18 de febrero de 2026, ECLI:ES:TS:2026:783.

Cabe señalar que el TS, en estos pronunciamientos, no se limita a responder a las cuestiones principales planteadas, es decir, (i) si la ACCO estaba o no legalmente habilitada para concretar los términos de la prohibición de contratar en su resolución sancionadora y (ii) si los criterios sancionadores del artículo 64 de la LDC son aplicables a tal fin, sino que también se pronuncian sobre otras cuestiones estrechamente relacionadas planteadas en los recursos de casación, como son: la naturaleza jurídica de la prohibición de contratar, si procede la imposición de tal medida en los casos de infracciones muy graves (como lo fue la sancionada por la ACCO) o solo en las graves, así como su eventual carácter retroactivo. A continuación, se expondrán en detalle las distintas cuestiones sometidas a debate jurídico y analizadas por el Alto Tribunal.

Naturaleza jurídica de la prohibición de contratar

Aunque ya lo había apuntado en anteriores pronunciamientos[7], en estas sentencias el TS ha despejado cualquier duda que pudiera subsistir al respecto. La prohibición de contratar con la Administración pública por falseamiento de la competencia no es una sanción, ni una "sanción accesoria", sino una consecuencia legal prevista y establecida en la normativa específica de contratación pública. Además, el Supremo claramente desvincula el establecimiento y efectos de esta prohibición de contratar del texto normativo de la LDC.

De acuerdo con el Alto Tribunal, es la legislación específica de contratación pública, y concretamente el artículo 71.1.b) de la LCSP, el que establece esta prohibición de contratar "*No podrán contratar (…)*"; siendo los siguientes artículos de este mismo cuerpo normativo los que regulan su individualización, efectos y duración máxima.

En palabras del propio TS: "*En primer término, la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia no se configura en nuestro ordenamiento como una sanción accesoria integrada en el régimen sancionador de la Ley de Defensa de la Competencia, sino como una consecuencia legal propia del Derecho de la contratación pública, expresamente prevista en el artículo 71.1.b) de la Ley de Contratos del Sector Público. Es esta norma -y no la legislación sectorial de competencia- la que define el presupuesto habilitante de la prohibición, determina su duración máxima y regula el modo en que debe desplegar sus efectos.*"[8].

[7] Sentencias del TS de 14 de septiembre de 2021, rec. nº 6372/2020, ECLI:ES:TS:2021:3366; de 1 de diciembre de 2021, rec. nº 7659/2020, ECLI:ES:TS:2021:4450; de 23 de marzo de 2022, rec. nº 7454/2020, ECLI:ES:TS:2022:1146 y de 28 de marzo de 2022, rec. nº 1758/2020, ECLI:ES:TS:2022:1259. Autos del TS nº 9842/2023, de 6 de julio de 2023 ECLI:ES:TS:2023:9842A y nº 11654/2023, de 13 de septiembre de 2023 ECLI:ES:TS:2023:11654A.

[8] El subrayado de esta cita así como de todos los contenidos en el presente artículo no constan en el original.

Las autoridades de competencia pueden determinar el alcance y duración de la prohibición de contratar

Doble cauce procedimental

Partiendo de la normativa que el Alto Tribunal considera aplicable, es decir, la LCSP -y no la LDC, como se ha expuesto anteriormente- y en concreto, sus artículos 71.1.b) y 72, el Supremo confirma que existe una doble vía para determinar el alcance y duración de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia.

Doble vía expresamente prevista en el literal de los artículos 72.2 y 72.3 de la LCSP que regulan de forma expresa y sin ambigüedad los dos cauces previstos para determinar la duración y el alcance de la prohibición de contratar asociada a las letras a) y b) del artículo 71.1 de la LCSP:

(i) su fijación directa en una sentencia o en una resolución administrativa, dictadas respectivamente por los órganos judiciales o por las autoridades de competencia; y,

(ii) solo en ausencia de dicha determinación previa, su establecimiento por el Ministro de Hacienda y Función Pública, a propuesta de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.

En consecuencia, la determinación mediante sentencia o resolución constituye el mecanismo ordinario o preferente, mientras que la intervención del Ministro opera de manera subsidiaria.

De hecho, cuando la LCSP contempla como causa de prohibición una sanción firme por falseamiento de la competencia y prevé que la correspondiente resolución administrativa pueda concretar el alcance y la duración de esa prohibición, resulta claro que no está formulando una referencia genérica o meramente teórica a una autoridad indeterminada. Está aludiendo, de manera concreta y perfectamente identificable, a las autoridades de competencia -la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), la ACCO y las demás existentes-. No se trata, por tanto, de una hipótesis abstracta, sino de una realidad institucional que el legislador conoce y toma en consideración al diseñar el sistema. Defender lo contrario privaría de contenido y eficacia al artículo 72.2 de la LCSP y el procedimiento subsidiario previsto en el artículo 72.3 de la LCSP devendría obligatorio.

Pero el Supremo no sólo se basa en la literalidad de la LCSP para confirmar la potestad de las autoridades de competencia para determinar el alcance y duración de las prohibiciones de contratar, sino también en una interpretación sistemática y teleológica de la normativa aplicable, subrayando el carácter subsidiario del procedimiento previsto en el artículo 72.3 de la LCSP (determinación del alcance y proporcionalidad por parte del Ministro).

A sensu contrario, la determinación del alcance y duración de la prohibición de contratar por parte de las autoridades de competencia se revela como la vía preferente, de primer orden para ello, ya que el procedimiento *ad hoc* -*ex* artículo 72.3 de la LCSP- sólo se activará en defecto de pronunciamiento al respecto por parte de la resolución sancionadora.

En palabras del propio TS confirmando esta dualidad y orden en las vías previstas: "*Desde esta premisa, el artículo 72 de la Ley de Contratos del Sector Público adquiere un papel*

central. Dicho precepto no se limita a establecer un procedimiento único y excluyente para la determinación de la prohibición, sino que diseña un sistema de doble cauce, en el que la concreción del alcance y la duración puede realizarse, con carácter principal, en la propia sentencia o resolución administrativa y, solo de forma subsidiaria, mediante el procedimiento específico previsto cuando falte aquel pronunciamiento."

La autoridad de competencia como órgano mejor posicionado

En el apartado anterior se ha expuesto cómo la literalidad del artículo 72.3 de la LCSP coloca la determinación por parte de la autoridad de competencia del alcance y duración de la prohibición de contratar como vía preferente dentro de la doble prevista.

Sobre esta cuestión, el TS establece que este carácter sistemático preferente se ve reforzado y completado teniendo en cuenta consideraciones de coherencia funcional: "*Esta lectura sistemática se ve reforzada por consideraciones de coherencia funcional. La autoridad de competencia es el órgano que ha instruido el procedimiento sancionador, ha analizado el mercado afectado, ha valorado la duración y gravedad de la conducta y ha ponderado sus efectos sobre la competencia. Permitir que sea este mismo órgano el que, cuando lo estime procedente, concrete el alcance y la duración de la prohibición de contratar favorece una aplicación proporcionada de la medida y evita respuestas automáticas o indiscriminadas que podrían resultar disfuncionales desde la perspectiva del interés público en la preservación de una competencia efectiva*.".

En relación con lo anterior, son varios y complementarios los argumentos que corresponden a esta "coherencia funcional" y que determinan conjuntamente que las autoridades de competencia sean las mejor posicionadas para determinar el alcance y duración de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia.

En primer lugar, estas autoridades son quienes disponen de un conocimiento más completo y directo de la conducta anticompetitiva realizada por las empresas y de sus efectos sobre el mercado. Ello las convierte en las más adecuadas para graduar la prohibición de contratar conforme a las circunstancias del caso, favoreciendo una aplicación más ajustada al principio de proporcionalidad.

En segundo lugar, cuando la prohibición de contratar la determina el Ministro de Hacienda y Función Pública -de conformidad con el inciso final del artículo 73.1 de la LCSP- sus efectos se proyectan sobre la totalidad del sector público, es decir, alcanza a toda la Administración. En cambio, si la decisión corresponde a las autoridades de competencia, estas pueden delimitar con mayor precisión tanto el ámbito objetivo y subjetivo como el temporal de la medida, identificando además respecto de qué licitaciones y Administraciones resulta más coherente, proporcional, efectiva y disuasoria, su imposición.

Esto es precisamente lo que ocurrió en los supuestos de los que traen causa las sentencias analizadas: en el marco del Exp. 94/2018 - Licitaciones del Servicio Meteorológico de Cataluña, la ACCO estableció en su resolución que la prohibición de contratar quedaba limitada a "*las licitaciones convocadas por el Servicio Meteorológico de Cataluña, que tengan por*

objeto la instalación de radares y/o estaciones meteorológicas y el mantenimiento y/o el suministro de piezas o recambios de la red de radares meteorológicos de Cataluña (XRAD) y de la red de estaciones meteorológicas de Cataluña (XEMA)". Mientras que en el Exp. 100/2018 – Aerobús, precisó que la prohibición de contratar quedaba circunscrita a *"las licitaciones convocadas por el Área Metropolitana de Barcelona relativas al servicio de transporte de viajeros por carretera, con una duración de dieciocho meses*".

Por último, que sean las autoridades de competencia quienes impongan la prohibición y determinen desde la propia resolución su alcance y duración incrementa la seguridad jurídica para las Administraciones licitantes, las empresas concurrentes, los inversores y, en general, para todos los operadores del mercado afectado. Se conoce desde el inicio el perímetro y el plazo de la medida. Por el contrario, si la determinación del alcance y la duración queda diferida a un momento posterior e incierto, los sujetos implicados -en particular las empresas afectadas- quedan expuestos a una incertidumbre relevante, al desconocer: (i) si finalmente se concretará o no el alcance y la duración de dicha prohibición de contratar; (ii) en qué momento se hará, en su caso; y (iii) cuál será el ámbito de aplicación y el período de vigencia de tal prohibición.

De hecho, el TSJCAT se había pronunciado ya clara y taxativamente en este sentido, considerando a las autoridades de competencia como las mejor situadas -gracias a su conocimiento tanto del ilícito sancionado, participación de las empresas sancionadas en el mismo y mercado afectado-, para valorar y determinar el alcance y duración de la prohibición de contratar, redundando ello en beneficio del principio de proporcionalidad: "*De todo ello se colige que la autoridad de competencia es competente para definir, respecto a cada infracción, el conjunto de consecuencias jurídicas que sirvan a los principios de eficacia, disuasión y proporcionalidad exigidos por la normativa europea e interna, entre ellas de prohibición de contratar, potestad que lleva implícita la de pronunciarse sobre su alcance y duración de la prohibición de contratar, puesto que es precisamente la autoridad de competencia la mejor situada para valorar de manera conjunta la globalidad de las medidas de gravamen y sanción que pueden adoptarse ante los hechos acreditados y la que está en mejor posición para ponderar las consecuencias en el mercado de las conductas sancionadas*."[9].

No existe infracción del principio de legalidad

En consonancia con todo lo dicho anteriormente, el Alto Tribunal confirma en estas sentencias que el principio de legalidad *ex* artículo 25 de la Constitución, queda plenamente salvaguardado cuando la LCSP establece la facultad de las autoridades de competencia para precisar el alcance y duración de este tipo de prohibiciones de contratar.

En relación con este punto, cabe manifestar que en sede del recurso de casación (y anteriormente, tanto ante el TSJCAT como en el procedimiento ante la ACCO), las recurrentes habían mantenido que la base jurídica de esta competencia debía estar prevista en la LDC -no considerando suficiente para ello, la LCSP-, y como el artículo 53 LDC no prevé específicamente

[9] Sentencia del TSJCAT nº 3273/2022, de 28 de septiembre de 2022, ECLI:ES:TSJCAT:2022:9189.

que las resoluciones de las autoridades de competencia incluyan esta cuestión, la ACCO no ostentaba competencia para hacer uso de tal facultad.

El Supremo rechaza de pleno esta argumentación, confirmando que el principio de legalidad se satisface plenamente con la base jurídica otorgada por la LCSP para que las autoridades de competencia puedan determinar el alcance y duración de este tipo de prohibiciones de contratar en sus resoluciones. Debiendo tomarse en cuenta no solo que la LCSP es una norma con rango de ley, sino también que es la normativa específica en materia de contratación pública.

De hecho, el Supremo recalca que "*el principio de legalidad no exige que todas las consecuencias derivadas de una infracción se establezcan en la misma norma que tipifica la conducta*", siendo posible -y sin que implique menoscabo alguno al principio de legalidad- que el legislador incluya y regule consecuencias jurídicas en diferentes cuerpos normativos (pese a la crítica que pudiera hacerse al respecto teniendo en cuenta la falta de claridad normativa que comporta).

Finalmente, en cuanto a este debate, cabe apuntar a una cuestión sobre la que el Supremo no se pronuncia específicamente: si cabría entender que el artículo 53 de la LDC, cuando se refiere a que las resoluciones de las autoridades de competencia pueden incluir "*La imposición de condiciones u obligaciones determinadas, ya sean estructurales o de comportamiento*" podría dar cabida también a la imposición de una prohibición de contratar como una "obligación de comportamiento".

En todo caso, pese a lo interesante que pudiera doctrinalmente ser esta cuestión, lo cierto es que el TS en estas sentencias no deja lugar a duda: los artículos 71.1.b) y 72 de la LCSP constituyen base jurídica inequívoca y suficiente para que las autoridades de competencia puedan, en sus resoluciones sancionadoras por infracción -grave o muy grave, como veremos- de la LDC concretar el alcance y duración de la prohibición de contratar por falseamiento de la competencia.

Finalmente, no sólo la legislación nacional (LCSP) prevé la facultad de las autoridades de competencia de determinar el alcance y temporalidad de las prohibiciones de contratar, sino que dicha facultad también encuentra amparo en la normativa comunitaria. En detalle, cuando el artículo 5 del Reglamento 1/2003 indica que las autoridades de competencia podrán imponer "*multas sancionadoras, multas coercitivas o cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional*" cabe entender que abarca cualquier consecuencia jurídica derivada de la comisión de una infracción en materia de competencia prevista por cada normativa nacional.

En esta línea resulta ilustrativo el voto particular formulado por la consejera Dña. Pilar Canedo en la resolución del Exp. *Montaje y Mantenimiento Industrial*[10], en el que se alude a la Directiva ECN+[11] como instrumento dirigido a reforzar la aplicación eficaz y homogénea del

[10] Resolución de la CNMC de 1 de octubre de 2019, S/DC/0612/17, *Montaje y Mantenimiento Industrial*.

[11] Directiva (UE) 2019/1 de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior.

Derecho de la competencia en el ámbito de la Unión, en coherencia con los objetivos del Reglamento 1/2003, y a la necesidad de utilizar la prohibición de contratar como instrumento esencial para garantizar la eficacia real de la reacción frente a conductas colusorias graves, especialmente cuando estas afectan a licitaciones públicas, de acuerdo con los principios de efectividad, proporcionalidad y disuasión.

Criterios para determinar el alcance y temporalidad de la prohibición de contratar

Confirmado que las autoridades de competencia pueden determinar en sus resoluciones sancionadoras el alcance y la duración de la prohibición de contratar, la sentencia del TS nº 181/2026, de 18 de febrero de 2026, completa esta línea jurisprudencial al precisar los criterios que deben orientar dicha determinación. En particular, el Tribunal rechaza expresamente la aplicación automática de los criterios de graduación sancionadora previstos en el artículo 64 de la LDC, al considerar que estos responden a la lógica propia de la determinación de sanciones administrativas, mientras que la prohibición de contratar no tiene naturaleza sancionadora.

Desde esta premisa, el TS subraya que la determinación de esta medida debe realizarse conforme al principio de proporcionalidad, atendiendo a la finalidad que persigue la prohibición de contratar en el ámbito de la contratación pública. En particular, se trata de una medida orientada a proteger la integridad del sistema de contratación pública, pero también a preservar la competencia efectiva en los mercados afectados, en línea con la lógica que inspira el artículo 57 de la Directiva y el artículo 150 de la LCSP, que contemplan la exclusión de operadores económicos implicados en conductas colusorias en procedimientos de contratación pública.

En consecuencia, el Tribunal señala que la determinación del alcance y de la duración de la prohibición exige una valoración individualizada de las circunstancias del caso. Entre los elementos que pueden resultar relevantes menciona, en particular, la existencia de mala fe del operador económico, el carácter deliberado de la conducta, la gravedad y duración de la infracción, así como el grado de participación de la empresa en la práctica colusoria.

Junto a estos factores vinculados a la conducta infractora, el TS pone especial énfasis en la necesidad de atender al contexto competitivo en el que se ha producido la infracción y, en particular, a la afectación real que la medida puede tener sobre los procesos competitivos futuros. En este sentido, la determinación del alcance y de la duración de la prohibición debe orientarse a garantizar el efecto útil de la medida, de modo que la prohibición de contratar, siempre respetando el principio de proporcionalidad de esta medida, pueda producir una incidencia efectiva sobre futuras licitaciones. Para ello, la autoridad de competencia debe ponderar elementos como la estructura del mercado afectado, la periodicidad de las licitaciones o la duración habitual de los contratos públicos en el sector de referencia.

Ahora bien, la previsión de dicho efecto útil no siempre resulta sencilla desde una perspectiva *ex ante*. En la práctica, la eficacia de la prohibición puede verse condicionada por factores que escapan al control de la autoridad de competencia, como la eventual impugnación judicial de la resolución sancionadora de la que trae causa y la solicitud de medida caute-

lar de suspensión de la propia prohibición. Ello introduce inevitablemente un cierto grado de incertidumbre sobre el momento en el que la medida podrá desplegar sus efectos sobre los procesos competitivos. Con todo, la doctrina del TS pone de relieve que corresponde a las autoridades de competencia realizar un ejercicio de ponderación que permita modular la medida de manera proporcionada y motivada, garantizando que su aplicación contribuya efectivamente tanto a la integridad de la contratación pública como a la preservación de la competencia en el mercado, cuestión que, como veremos a continuación, plantea también importantes implicaciones prácticas en la aplicación de esta medida.

Vida de una prohibición de contratar: nacimiento, determinación, apreciación (y posible revisión)

El análisis de estas sentencias permite ver cuál sería la "vida", el *iter,* de una prohibición de contratar por falseamiento de la competencia. Tal y como ha indicado el Supremo: "*El artículo 71.1.b) establece ex lege la prohibición de contratar para quienes hayan sido sancionados por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia. El artículo 72 articula un régimen de distribución funcional de competencias que permite que la autoridad sancionadora determine, cuando proceda, el alcance y la duración de la prohibición, y reserva al poder adjudicador la competencia para apreciarla y aplicarla en cada procedimiento de contratación*".

En un primer momento tenemos su nacimiento, nacimiento que se produce *ex lege*, directamente por ministerio de la ley, en este caso por lo dispuesto en el artículo 71.1.b) de la LCSP que establece directa y taxativamente: "*No podrán contratar (…)*" las personas que hayan sido sancionadas con carácter firme por infracción grave en materia de falseamiento de la competencia. Es decir, desde el momento en que la autoridad de competencia sanciona una infracción grave o muy grave de la LDC, la prohibición de contratar ha nacido, existe. Siendo el paso siguiente cuándo -y en qué medida- resulta aplicable.

En efecto, para que la prohibición devenga efectiva, es imprescindible que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 72 de la LCSP, su alcance y duración sean concretados por uno de los dos cauces ya comentados. En palabras del Supremo: "*la ejecutividad de dicha medida queda supeditada a la previa concreción de su alcance y duración, bien en la propia resolución sancionadora, bien mediante el procedimiento específico del artículo 72.3 LCSP.*"[12].

Siendo el órgano mejor posicionado para determinar este alcance y duración, como ya se ha tratado y argumentado, la autoridad de competencia.

Una vez la prohibición de contratar se ha originado *ope legis* en virtud del artículo 71.1.b) de la LCSP al concurrir el "*presupuesto habilitante consistente en la imposición de una sanción por falseamiento de la competencia*", y su alcance y duración han sido determinados devi-

[12] En similar sentido las sentencias del TS nº 3366/2021, rec. 6372/2020, ECLI:ES:TS:2021:3366; nº 1146/2022, de 23 de marzo, rec. 7454/2020, ECLI:ES:TS:2022:1146; y nº 1259/2022, de 28 de marzo, rec. 1758/2020, ECLI:ES:TS:2022:1259.

niendo ejecutiva, los órganos de contratación deberán apreciarla en cada licitación concreta a la que la empresa sancionada decida presentarse.

Apreciación entendida como constatación de la existencia de la prohibición de contratar frente a una empresa en concreto (en aplicación de los artículos 65 y 140 de la LCSP), garantizando su eficacia y efectos. Dando asimismo cumplimiento a la obligación prevista en el artículo 72.2 de la LCSP: "*La prohibición de contratar por las causas previstas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo anterior se apreciará directamente por los órganos de contratación, cuando la sentencia o la resolución administrativa se hubiera pronunciado expresamente sobre su alcance y duración, subsistiendo durante el plazo señalado en las mismas*".

Y como etapa final, no puede desconocerse el hecho de que toda empresa a la cual se le ha impuesto una prohibición de contratar tiene derecho a restablecer su honorabilidad y fiabilidad. Procedimiento de revisión previsto en el artículo 72.5 de la LCSP cuyo análisis excede el objeto de este artículo, pero que claramente indica que la autoridad de competencia volverá a tener un rol primordial en ello.

En resumen, cabe recordar -y subrayar- que cualquier empresa, para poder contratar con la Administración pública, ha de cumplir con unas condiciones de solvencia y capacidad, entre las que se incluye, como se exige explícitamente en el artículo 65 de la LCSP, el no estar incursa en alguna prohibición de contratar. El TS lo recoge específicamente en estas sentencias: "*en el ámbito de la contratación pública no existe un derecho subjetivo incondicionado a contratar con la Administración, sino una facultad de concurrencia condicionada al cumplimiento de los requisitos legalmente exigibles en cada momento, entre los que se encuentra no estar incurso en prohibición de contratar*."

No puede olvidarse, como se ha indicado en la introducción al presente artículo, que la finalidad última de una prohibición de contratar es garantizar un sistema de contratación pública íntegro que responda a los principios, entre otros, de integridad y eficiente utilización de los fondos públicos, asegurando la honorabilidad y fiabilidad de los operadores económicos con los que contrata el sector público (y que reciben, en consecuencia, fondos públicos), protegiendo de esta manera el interés general. En palabras del propio TS: "*La prohibición de contratar es una medida de carácter preventivo destinada a evitar que la Administración contrate con operadores económicos que, por su comportamiento previo, no ofrecen las garantías de idoneidad y fiabilidad exigibles en el ámbito de la contratación pública*". Sin desconocer que, desde la perspectiva estricta de la política de competencia, la prohibición de contratar constituye una herramienta disuasoria de comportamientos anticompetitivos, adicional y estrictamente ligada a la facultad sancionadora, que el legislador ha puesto a disposición de la autoridad de competencia, para ayudarla a preservar y garantizar las condiciones de competencia en el mercado, en beneficio del interés general.

Conformidad con el Derecho de la UE

Mucho se ha discutido -y se está discutiendo- sobre la conformidad (o no) de la LCSP -específicamente en lo que se refiere al establecimiento de la prohibición de contratar por falsea-

miento de la competencia en el mercado- con el Derecho de la UE, en especial con la Directiva de contratación pública y la jurisprudencia comunitaria.

Sin embargo, en las sentencias nº 1655/2025, de 16 de diciembre, y nº 50/2026, de 26 de enero, el TS, tras analizar los diferentes argumentos contrapuestos presentados por las partes, ha confirmado de forma taxativa que la regulación de la prohibición de contratar establecida en los artículos 71.1.b) y siguientes de la LCSP "*se acomoda plenamente*" al Derecho de la UE.

Siendo la razón principal para llegar a esta conclusión que la aplicación de estos artículos no atribuye de manera exclusiva a la autoridad de competencia la decisión de exclusión de los procedimientos de adjudicación. Apartándose, por lo tanto, en este punto la legislación española del caso analizado por el Tribunal de Justicia de la UE (TJUE) en *Infraestruturas de Portugal*[13], en el que claramente estableció que la normativa nacional no puede atribuir únicamente a la autoridad de competencia la facultad de decidir sobre la exclusión de operadores económicos de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos por una infracción de las normas sobre competencia.

En efecto, el ordenamiento jurídico regula de forma expresa, por un lado, la prohibición de contratar por infracciones consistentes en falseamiento de la competencia, configurándola como consecuencia jurídica *ex lege* en el artículo 71.1.b) de la LCSP que parte de la existencia de una resolución sancionadora; facultando a las autoridades de competencia para concretar su alcance y duración conforme al artículo 72.2 de la LCSP.

Por otro lado, el artículo 57.4.d) de la Directiva prevé que los poderes adjudicadores podrán excluir a un operador económico de un procedimiento de contratación cuando dispongan de indicios suficientemente plausibles de que ha celebrado acuerdos destinados a falsear la competencia.

El citado artículo 57.4.d) de la Directiva regula por lo tanto una potestad distinta de la de la autoridad de competencia al determinar el alcance y duración de una prohibición de contratar: la exclusión de un operador económico de una licitación concreta cuando existan indicios de conductas colusorias.

Se trata, por tanto, de una facultad circunscrita al ámbito del específico procedimiento de adjudicación que esté tramitando, en un momento concreto, un determinado órgano de contratación, plenamente coherente con las competencias de éste. No se refiere a la imposición de una prohibición de contratar "general" aplicable durante un determinado período de tiempo -hasta tres años, *ex* artículo 72 de la LCSP- ni a la delimitación de su alcance material, extremos que trascienden el marco de una licitación concreta y que carecerían de fundamento si fueran atribuidos al órgano de contratación específico.

Asimismo, el presupuesto habilitante es radicalmente distinto: el artículo 57.4.d) de la Directiva se basa en la existencia de *"indicios suficientemente plausibles de que el operador*

[13] **Sentencia del TJUE, de 21 de diciembre de 2023, asunto** *Infraestruturas* ***de Portugal*****, (C-66/22), ECLI:EU-:C:2023:1019.**

económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia", mientras que la prohibición de contratar regulada en los artículos 71 y siguientes de la LCSP exige una resolución sancionadora firme por falseamiento de la competencia. Nos hallamos, por tanto, ante instituciones jurídicamente diferenciadas, con presupuestos, finalidad y régimen propios.

La exclusión acordada por el órgano de contratación se encuentra regulada en otro precepto de la LCSP, el artículo 150, que establece un procedimiento específico al efecto, y que, aunque de manera imperfecta[14], parece querer transponer el artículo 57.4 de la Directiva al Derecho nacional.

Siguiendo también lo dicho por el TJUE en el asunto *Infraestruturas de Portugal*, no existiría limitación a la posibilidad de excluir una oferta de un licitador cuando existan indicios serios de conductas cometidas por este que puedan falsear las normas sobre competencia, ya que dicha oferta podrá ser excluida:

- Cuando el órgano de contratación aprecie la existencia de una prohibición de contratar impuesta por una autoridad de competencia (*ex* artículo 71.1.b de la LCSP "*No podrán contratar…*". Prohibición de contratar como requisito de capacidad del licitador, en aplicación de los artículos 65 y 140 de la LCSP), o
- Si dicha prohibición de contratar no existe, en base al artículo 57.4 de la Directiva (aplicado, según indica el TJUE en *Infraestruturas de Portugal,* otorgando amplias facultades al órgano de contratación, o utilizando el procedimiento establecido en el artículo 150 de la LCSP), el órgano licitador podrá ejercer su facultad de excluir al licitador sobre el que concluya que existen indicios fundados de responsabilidad en una conducta colusoria.

En este sentido, es relevante señalar que, mediante el razonamiento contenido en estas sentencias, el Supremo daría respuesta a uno de los reproches realizados por la Comisión europea contra España en el recurso interpuesto ante el TJUE, en diciembre de 2025 (asunto C-802/25)[15].

Entre los argumentos presentados por la Comisión se encuentra que España habría realizado una transposición incorrecta del artículo 57.4 de la Directiva, ya que entiende que la normativa española limitaría los motivos de exclusión a supuestos con sanción o decisión administrativa firme, impidiendo a los poderes adjudicadores excluir a licitadores basándose en indicios suficientemente plausibles (de manera similar al caso de *Infraestruturas* de Portugal[16]).

[14] A pesar de que el tenor literal del artículo 150 de la LCSP, en el supuesto de que la autoridad de competencia considere que no existen indicios suficientes de colusión, impediría al órgano de contratación excluir a un licitador, este precepto debe ser interpretado a la luz de la referida sentencia del TJUE, **de 21 de diciembre de 2023, asunto** *Infraestruturas* ***de Portugal*****, (C-66/22), ECLI:EU:C:2023:1019,** en la que se establece que no es conforme a la Directiva una legislación nacional que lamine tal facultad del órgano de contratación.

[15] ELI: http://data.europa.eu/eli/C/2026/939/oj

[16] **Sentencia del TJUE, de 21 de diciembre de 2023, asunto** *Infraestruturas* ***de Portugal*****, (C-66/22), ECLI:EU-:C:2023:1019.**

Pero el Supremo ha confirmado que ello no es así, ya que la vía de los motivos de exclusión prevista en el artículo 57.4 de la Directiva (que entendemos ligada al artículo 150 de la LCSP) es diferente, independiente de la prohibición de contratar prevista en el artículo 71.1. b) de la LCSP (prohibición de contratar que funciona en este caso como criterio de aptitud, capacidad para contratar con la Administración pública ex artículo 65 LCSP).

Obviamente, en caso de que exista una resolución de una autoridad de competencia sancionando a una empresa por infracción de la LDC e imponiendo (o no) una prohibición de contratar con la Administración pública, el órgano de contratación que esté tramitando una licitación concreta -no cubierta por el ámbito objetivo de la prohibición de contratar impuesta- podrá tener en cuenta dicha información para ejercer su facultad de aplicar el motivo de exclusión del artículo 57.4 de la Directiva. Cuestión ésta que será analizada en mayor detalle en el apartado siguiente de este artículo dedicado a las implicaciones prácticas derivadas de estas sentencias del Supremo.

Carácter no retroactivo de la prohibición de contratar y aplicabilidad tanto a infracciones graves como muy graves de la LDC

Muy brevemente, entraremos a comentar dos cuestiones adicionales tratadas en las sentencias nº 1655/2025, de 16 de diciembre, y nº 50/2026, de 26 de enero, siendo la primera de ellas el carácter no retroactivo de la prohibición de contratar.

Carácter no retroactivo que el Supremo confirma partiendo de la base de que la prohibición de contratar no es una sanción, y aclarando a continuación que una prohibición de contratar produce efectos exclusivamente *ex nunc, limitando tan sólo "la participación futura del operador económico en los procedimientos de contratación que se convoquen durante el periodo en que la prohibición esté en vigor y, en su caso, en los ámbitos a los que se refiere la prohibición".*

Sobre esta cuestión, cabría apuntar que la prohibición de contratar, aplicándose es claro a futuro -sin afectar directamente por lo tanto a contratos públicos que la empresa pueda estar ejecutando en ese momento- sí podría llegar a afectar a contratos ya adjudicados, pero todavía no formalizados. Y es que el artículo 140.4 LCSP indica claramente que los requisitos de solvencia y capacidad, mencionando explícitamente la necesidad de ausencia de prohibiciones de contratar, deben mantenerse también en el momento de la perfección del contrato.

La segunda de estas cuestiones se refiere a la aplicabilidad de la prohibición de contratar tanto a infracciones graves como muy graves de la LDC.

Las empresas recurrentes habían mantenido ante el Supremo -y también en los procedimientos anteriores- que, dado que el artículo 71.1.b) de la LCSP hace referencia únicamente a infracciones graves, no podía imponérseles una prohibición de contratar ya que la infracción de la LDC por la que habían sido sancionadas era una infracción "muy grave".

El Supremo desestima frontalmente este argumento. Si una infracción muy grave es, por definición, más reprochable que una grave, resulta incongruente que la LCSP prevea prohibición

de contratar para una grave y la excluya para una muy grave. Y si bajamos al terreno de las conductas tipificadas como muy graves en la LDC, en nuestra opinión, resulta inconcebible que el legislador, por ejemplo, ante una colusión entre empresas licitadoras en el marco de la compra pública, siendo que se trata de una infracción muy grave, pretendiera que no resultara de aplicación la referida consecuencia jurídica.

Además, la finalidad preventiva de la prohibición de contratar -evitar que la Administración contrate con operadores no fiables- refuerza que, si falta idoneidad por una infracción grave, con mayor razón por una muy grave. Por ello, el TS concluye indicando que la mención a "grave" incluida en el artículo 71.1.b) de la LCSP debe entenderse como "*umbral mínimo de gravedad para la procedencia de la prohibición de contratar*", no como exclusión de las muy graves.

3. Implicaciones prácticas de las sentencias del TS analizadas

Implicaciones para las autoridades de competencia

Más allá de la clarificación de los aspectos que las sentencias de referencia han establecido y que acabamos de tratar, conviene poner encima de la mesa las cuestiones de orden práctico que es esperable que las mismas impulsen. En este sentido, a nuestro entender, la primera implicación de este pronunciamiento es, como se ha señalado, el refuerzo de la seguridad jurídica a la hora de determinar el alcance y temporalidad de la prohibición de contratar cuando ésta trae causa de una infracción del Derecho de la competencia, por lo tanto, la consecuencia lógica más inmediata es que las diferentes autoridades de competencia del Estado (CNMC y autonómicas) concreten habitualmente el ámbito de tal consecuencia jurídica en sus resoluciones sancionadoras.

En otros términos, superado el debate jurídico suscitado en torno a la competencia para hacer uso de tal potestad y vista, además, la consideración que el propio TS ha atribuido a la vía de la autoridad de competencia, como preferente o especialmente idónea para llevar a cabo la concreción de los contornos de la prohibición de contratar, resulta razonable anticipar la tendencia generalizada a incorporar el alcance y duración de tal consecuencia jurídica en la propia resolución sancionadora de la autoridad de competencia, tal y como ha venido ha-

ciendo la ACCO desde 2019, posteriormente, otras autoridades autonómicas de competencia -como la gallega[17] y la andaluza[18]- y, más recientemente, la CNMC[19]y[20].

Tal predisposición de las autoridades de competencia no tiene por qué implicar un automatismo, es decir, es previsible e incluso oportuno que las resoluciones sancionadoras de las autoridades de competencia incluyan la concreción de dicha consecuencia jurídica de la infracción de competencia, pero debiendo ponderar siempre las circunstancias concurrentes, esto es, con el adecuado análisis de los hechos y del contexto inherente a cada asunto[21]. Como hemos señalado, el propio TS ha aportado criterios[22] que van a permitir, con mayor seguridad jurídica, apuntalar oportunamente el perímetro y la temporalidad de la prohibición de contratar.

Inmediatamente vinculada a esta primera implicación práctica, cabe esperar también que las empresas, y especialmente aquellas expuestas en gran medida a la contratación pública, traten de prevenir a toda costa la comisión de infracciones de competencia, atendida la consecuencia -inmediatamente ejecutiva[23]y[24] desde que se dicta la resolución sancionadora

[17] La *Comisión Galega da Competencia* ha dictado diferentes resoluciones en las que determina el alcance y la duración de la prohibición, se trata de: resolución de 9 de diciembre de 2025, Exp. 18/2025 – Transporte de viajeros 2 UTES; resolución de 21 de febrero de 2025, Exp. 1/2025 – Licitaciones acciones formativas de empleo; resolución de 15 de noviembre de 2024, Exp. 9/2024 – Licitación servicios limpieza, desinfección y gestión de residuos; resolución 27 de septiembre de 2023, Exp. 6/2023 – Licitación urbanización de Consorcio Zona; resolución de 30 de diciembre de 2021, Exp. 5/2021 – Licitación suministro USC y resolución de 15 de diciembre de 2020, Exp. 4/2020 – Licitación transporte escolar.

[18] La Agencia de la Competencia y la Regulación Económica de Andalucía ha dictado diferentes resoluciones en las que determina el alcance y la duración de la prohibición, se trata de: resolución de 2 de marzo de 2023, Exp. S/04/2023 – Transporte Escolar Málaga; resolución de 21 de abril de 2023, Exp. S/07/2023 – Conservación Carreteras 2; resolución de 4 de mayo de 2023, Exp. S/08/2023 – Conservación Carreteras 1; y resolución de 25 de junio de 2025, Exp. ES-01/2023 – Contratación TAC SAS.

[19] El 23 de julio de 2023 la CNMC publicó su Comunicación 1/2023 sobre criterios generales para fijar el alcance y temporalidad de la prohibición de contratar y anunció que, a partir de aquel momento, efectuaría tal delimitación, cambiando de este modo su práctica anterior de remitir sus resoluciones sancionadoras a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, a estos efectos.

[20] Hasta el momento de entregar este artículo, la CNMC ha dictado las siguientes resoluciones en las que determina el alcance y duración de la prohibición de contratar: resolución de 5 de agosto de 2025, Exp. S/011/2023 - Eólica del Alfoz; resolución de 3 de diciembre de 2025, Exp. S/0015/23 – ICON; resolución de 11 de diciembre de 2025, Exp. S/0006/23 - UFD Contadores; resolución de 10 de diciembre, Exp. S70001/23 – Servicios de Agencias de Viaje y resolución de 3 de febrero de 2026, S/0011/22 – Distribución de Hidrocarburos.

[21] En este ámbito se plantea la controversia jurídica sobre si tal proporcionalidad podría llevarnos incluso a supuestos excepcionales en los que el ámbito de la prohibición, a pesar de tratarse de una consecuencia *ex lege*, deba quedar reducido al máximo o incluso, directamente, a ser inexistente. Pensemos, por ejemplo, en supuestos en los que la prohibición debería recaer sobre un operador monopolista de un insumo esencial para la salud de la ciudadanía, la seguridad pública, etc.

[22] Aunque algunos de dichos criterios puedan resultar de difícil concreción.

[23] Salvo en el supuesto de solicitud de medida cautelar de suspensión en el marco de la revisión judicial de la resolución de la autoridad de competencia.

[24] Sobre la firmeza administrativa de la infracción que actúa como presupuesto de la prohibición de contratar se pronunció, hace ya tiempo, la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado en su Informe 15/2018, de 10 de octubre de 2018, "*Sobre la firmeza de las resoluciones administrativas que dan causa a una prohibición de contratar*", *estableciendo que:* "*De esta forma, consideramos que la firmeza que la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público predica de las resoluciones administrativas que dan lugar a la imposición de una prohibición de contratar debe ser la firmeza administrativa, en los términos descritos en el cuerpo del*

por la autoridad de competencia- de verse privadas del acceso al mercado de las licitaciones públicas, de conformidad con el alcance y temporalidad establecido en la propia resolución. Lo cual, razonablemente, debería propiciar que los operadores económicos redoblen sus esfuerzos en las políticas de cumplimiento normativo, dirigidas a promover una actuación empresarial respetuosa con la legalidad en el ámbito de competencia.

Por ello, la segunda consecuencia práctica de la sentencia analizada puede ser el impulso en la adopción -o actualización- de programas de cumplimiento normativo en materia de competencia. Ya sea como mecanismo *ex ante* de carácter preventivo, para evitar la comisión de una infracción o para detectarla de manera temprana y ponerle fin, o *ex post,* cuando la empresa se encuentra ya involucrada en un procedimiento sancionador ante una autoridad de competencia.

Inherentemente aparejada a esta posible tendencia, surge la expectativa de las empresas implicadas en un expediente sancionador por ilícitos *antitrust*, de hacer valer tales programas ante la autoridad que investiga su comportamiento, ya sea en el propio procedimiento sancionador o, posteriormente, en un procedimiento *ad hoc* para tratar de revisar y levantar la prohibición de contratar ya impuesta por la autoridad de competencia, puesto que recordemos que el órgano competente para conocer de la citada revisión será el mismo que dictó la resolución en que se establecieron los términos de la prohibición de contratar (*ex* último inciso del artículo 72.5 de la LCSP).

Y esto nos lleva, indefectiblemente, a plantear dos aspectos relevantes:

- Si bien la "Guía de programas de cumplimiento en relación con la defensa de la competencia"[25] de la CNMC, de 10 de junio de 2020, recoge criterios para evaluar la eficacia de los programas de *compliance* en materia de defensa de la competencia y se ha convertido en una referencia en este ámbito, es igualmente cierto que ésta pone mayor énfasis en las consecuencias de la adopción de un programa de cumplimiento efectivo como posible elemento modulador de una eventual sanción pecuniaria que en su impacto en relación con la prohibición de contratar[26].

presente informe, y no la jurisdiccional". De la misma manera, el TS, en su sentencia de 14 de septiembre de 2021, (rec. 6372/2020), ECLI:ES:TS:2021:3366, se ha referido específicamente a las prohibiciones que traen causa de la infracción de la norma de competencia, estableciendo que: *"la prohibición de contratar es una limitación anudada a la imposición de una sanción firme por una infracción grave en determinadas materias. La limitación solo es ejecutiva desde el momento en el que se concretan el alcance y la duración de la prohibición bien en la propia resolución sancionadora bien en un procedimiento autónomo y tras su inscripción en el registro"*. Posteriormente, el TS se ha expresado en la misma línea en sus sentencias de 1 de diciembre de 2021, (rec. 7659/2020), ECLI:ES:TS:2021:4450; de 23 de marzo de 2022 (rec. 7454/2020), ECLI:ES:TS:2022:1146 y de 28 de marzo de 2022, (rec. 1758/2020), ECLI:ES:TS:2022:1259.

[25] https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/202006_Guia_Compliance_FINAL.pdf

[26] Lo cual resulta de toda lógica puesto que, en el momento de publicarse esta guía, la CNMC relegaba a la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado la concreción del alcance y duración de tal medida.

Por ello, resulta sumamente oportuno que la CNMC haya iniciado el proceso de revisión de esta guía[27], al objeto de que la nueva versión pueda aportar mayor certeza y delimite mejor el análisis de las llamadas *"medidas técnicas, organizativas y de personal apropiadas"* (*self-cleaning*) adoptadas por las empresas en relación a la prohibición de contratar, a la luz del artículo 72.5 de la LCSP.

Han sido muchas las voces que han apuntado a la necesidad de diferenciar -puesto que sostienen que la actual guía no lo hace suficientemente- entre la valoración del programa de *compliance,* en términos de aptitud, suficiencia y eficacia para evitar incurrir en nuevas infracciones como la sancionada, y la exigencia de colaboración procesal con la autoridad de competencia. Tales observaciones se fundamentan de una parte, (i) en los potenciales impactos tanto en el derecho de defensa de las empresas concernidas como en las eventuales reclamaciones de daños derivados de los ilícitos de competencia por los que han sido sancionados y son presupuesto de la prohibición y de otra, (ii) en la posible e injustificada jurídicamente aproximación con el instituto de la clemencia (artículos 65 y 66 de la LDC) o la circunstancia atenuante de colaboración (artículo 64.3 d) de la LDC).

- Se ha planteado en este ámbito el debate sobre el nivel de la profundidad del análisis de estos programas por parte de las autoridades de competencia[28]. Así, las empresas son las responsables del diseño e implementación de los mismos, gozando de total independencia y autonomía en tal desempeño. A partir de ahí, corresponde a la autoridad de competencia el examen de los mismos que, a nuestro juicio, debe efectuarse de manera concienzuda, de acuerdo con los estándares internacionalmente aceptados y las mejores prácticas en este ámbito y atendiendo siempre al principio de proporcionalidad.

  Lo que no parece de recibo es pretender otorgar eficacia a la presentación de un programa sin tal detallado examen, es decir, que una empresa trate de acceder a un beneficio -en nuestro caso, evitar que la prohibición de contratar surta efecto- por la presentación de un programa de *compliance* como mero formalismo o, incluso, ante simplemente el compromiso de adoptar uno. Tal modo de proceder vacía de contenido la previsión del artículo 72.5 de la LCSP y su jurisprudencia asociada[29], que exigen su implementación efectiva y una supervisión real.

[27] La CNMC abrió un proceso de consulta pública para recabar aportaciones para la actualización de esta guía, de 9 de diciembre de 2025 a 29 de enero de 2026. Más información aquí: https://www.cnmc.es/consultas-publicas/competencia/guia-de-compliance.

[28] El debate sobre la exhaustividad del análisis de los programas de cumplimiento por parte de las autoridades de competencia se recoge, por ejemplo, en Rincón García Loygorri, A. y Chastang Reyes, B., "La valoración de los programas de cumplimiento por la CNMC y las autoridades autonómicas de la competencia", en el Anuario de Derecho de la Competencia 2023, coord. por Miguel Ángel Recuerda Girela, 2023, págs. 103-123.

[29] El TSJCAT ha dictado dos sentencias (la número 1572/2025, de 5 de mayo de 2025, recurso 809/2023, ECLI:ES:TSJCAT:2025:2362 y la número 4448/2024, de 11 de diciembre de 2024, recurso 246/2022, ECLI:ES:TSJCAT:2024:9703) que son firmes y que se centran exclusivamente en la valoración de los programas de cumplimiento en materia de competencia, a los efectos de levantar la prohibición de contratar y confirman el exhaustivo análisis de los mismos realizado por la ACCO así como su insuficiencia para poder levantar la prohibición de contratar impuesta. Además, conviene destacar, a pesar de no ser firme, la sentencia del Tribunal General de la UE, de 2 de octubre de 2024**, asunto T-126/23, VC/EU-OSHA,** ECLI:EU:T:2024:666, puesto que si bien no aplica la LCSP ni la LDC, se mueve en un marco análogo de análisis y es muy detallada en cuanto al examen efectuado

Finalmente, conviene poner foco aquí también en la otra cara de la misma moneda, que no es otra que la necesidad de una auténtica capacitación y solvencia de las autoridades para el análisis de estos programas, así como la ineludible motivación y justificación en su toma de decisiones.

Implicaciones para las empresas incursas en prohibición de contratar

La empresa sancionada por una autoridad de competencia que haya incluido el alcance y la temporalidad de la prohibición en su resolución, atendida la ejecutividad de esta medida, deberá valorar si solicita medida cautelar de suspensión de tal consecuencia jurídica en el ámbito de la impugnación judicial o no. En el supuesto que decida intentar posponer la efectividad de la prohibición, quizá lo más conveniente sería poner en conocimiento de la autoridad de competencia la intención de recurrir la resolución de la que trae causa la prohibición y anunciar la petición de la referida medida cautelar de suspensión, a los efectos del inciso segundo del artículo 90.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, de la manera más temprana posible. Todo ello con el objetivo de que la autoridad de competencia lo comunique al Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Sector Público (ROLECE) o al equivalente en el ámbito de las Comunidades Autónomas, en función del ámbito de la prohibición y del órgano que haya determinado su alcance y temporalidad[30].

Y en relación con esta solicitud de medida cautelar judicial de suspensión de la prohibición se abren un conjunto de cuestiones. Puesto que, si bien la suspensión judicial de una multa pecuniaria establecida por una autoridad de competencia requiere, por regla general, la prestación de un aval o garantía para asegurar su cumplimiento, ¿esta misma situación debe predicarse en relación a la suspensión judicial de la prohibición de contratar? y en caso de respuesta afirmativa, ¿en base a qué criterios se determina el importe que la garantía debe cubrir? Son asuntos aún abiertos, al no existir todavía jurisprudencia consolidada sobre los mismos. No obstante, conviene señalar aquí que la sección 5ª de TSJCAT dictó Auto, en fecha 26 de julio de 2023, (rec. 261/2022), reconociendo la necesidad de avalar la suspensión cautelar de una prohibición de contratar, cuyo alcance y temporalidad había sido establecido en una resolución de la ACCO[31].

---

de las medidas correctoras. En similar sentido se pronunció también la Recomendación de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, de 10 de junio de 2021, sobre la aplicación del artículo 72.5 de la LCSP.

[30] Sobre los efectos de la solicitud cautelar de suspensión de la ejecutividad de la prohibición de contratar se pronuncia, en su Informe de 7 de octubre de 2024, la Junta Consultiva de Contratación Pública de Cataluña, si bien se refiere a la prohibición de contratar derivada de una infracción muy grave en materia laboral, su argumentación es perfectamente extrapolable al ámbito de las prohibiciones que aquí nos ocupa.

[31] Resulta significativo el análisis del TSJCAT para ponderar la oportunidad de la suspensión de la prohibición así como la de exigir o no garantía *"(…) resulta difícilmente cuantificable el perjuicio causado por la imposibilidad de participación en licitaciones durante el periodo de prohibición establecido en la resolución sancionadora; mientras que, de contrario, sería posible, de ser confirmado el acto administrativo impugnado, sin dificultad alguna, ejecutarlo en sus propios términos y aquellos que resulten de la sentencia. (…)*

Por el contrario, de impedirse la posibilidad de participar en licitaciones públicas esto tendría un resultado difícilmente reversible "a posteriori" en caso de estimación del recurso, con la complejidad para el cálculo de los eventuales perjuicios.".

Seguidamente, abordemos las consecuencias de la ejecutividad de la prohibición de contratar determinada por una autoridad de competencia en el ámbito de la contratación pública.

- ¿Qué sucede con los contratos formalizados con anterioridad a que la empresa se encuentre incursa en prohibición de contratar? La pérdida de la capacidad para contratar no tiene efectos retroactivos, de manera que, a no ser que el órgano licitador haya previsto una causa de resolución expresa a tal efecto, los contratos válidamente formalizados con carácter previo a la prohibición de contratar no se van a ver afectados por la sobrevenida falta de capacidad de la empresa contratista. Es decir, la prohibición opera *ex nunc*, desde el momento en que deviene eficaz, y no respecto de situaciones jurídicas consolidadas con anterioridad. Así, encontrarse de manera sobrevenida en situación de prohibición de contratar no es, por sí sola, causa de resolución *ex lege* del contrato público adjudicado.

  Deberíamos preguntarnos sobre si esta misma respuesta es aplicable al supuesto de la prórroga de un contrato público, una vez la empresa adjudicataria incurre en tal prohibición. Si bien, en términos generales, la posibilidad de prórroga acostumbra a estar prevista en el contrato inicial (*ex* artículo 29 de la LCSP), no implica nueva licitación pública y forma parte del contenido contractual originario, su activación requiere un acuerdo expreso del órgano de contratación -salvo prórrogas obligatorias legalmente previstas-, lo que implica un nuevo acto administrativo a tal efecto. Y, más allá de incluso la cuestión estética de prorrogar un contrato a una empresa incursa en prohibición de contratar, surge inmediatamente la cuestión jurídica sobre si tal prórroga es admisible por el ordenamiento jurídico. Esto es, si la prórroga debe entenderse como parte del contrato original y, por lo tanto, la capacidad del contratista es evaluada en la adjudicación inicial o si, por el contrario, al no existir la prórroga tácita de los contratos públicos y requerir de un acto administrativo *ad hoc*, ese acto debe atender a la capacidad del contratista vigente en el momento en que se adopta.

- Seguimos, ¿qué sucede con los procedimientos de contratación vigentes en los que está participando la empresa incursa en prohibición (y todavía no han sido adjudicados ni formalizados) o futuros procedimientos, en ambos supuestos dentro del ámbito de la prohibición de contratar establecida por la autoridad de competencia? Se trata del supuesto en el que la prohibición naturalmente despliega sus efectos, de manera que la empresa va a tener vedado el acceso a los mismos. El modo de revertir tal posición jurídica pasa por conseguir levantar su prohibición, de conformidad con el artículo 72.5 de la LCSP.

- Y, finalmente, ¿existen implicaciones en relación con los procedimientos de contratación vigentes en los que está participando la empresa incursa en prohibición (y todavía no han sido adjudicados ni formalizados) o futuros procedimientos, en ambos supuestos fuera del ámbito de la prohibición de contratar establecida por la autoridad de competencia? Resulta evidente que la prohibición de contratar no será aplicable por exceder los perímetros preestablecidos por la autoridad de competencia.

  Sin embargo, no debe desatenderse que el artículo 57.4 d) de la Directiva recoge como motivo de exclusión facultativo, en el marco de una licitación pública, la existencia de "*indicios suficientemente plausibles de que el operador económico ha llegado a acuerdos con otros operadores económicos destinados a falsear la competencia*". Así, el TJUE ha sido tajante

al reconocer la competencia del poder adjudicador para aplicar dicho motivo de exclusión facultativo[32], siempre que considere, de manera justificada, proporcionada y motivada –visto el derecho que asiste a la empresa afectada ex artículo 57.6 de la Directiva-, que el licitador carece de la fiabilidad e integridad suficiente.

Tal reproche (i) puede fundamentarse en conductas cometidas por el licitador en cuestión tanto antes del procedimiento de licitación como durante el mismo (*ex* párrafo segundo del artículo 57.5 de la Directiva) y además, (ii) no requiere para su aplicación que tales conductas hayan sido declaradas por una autoridad de competencia o habiéndolo sido, que exista un pronunciamiento judicial firme, ya que el presupuesto de este motivo de exclusión es la concurrencia de "*indicios suficientemente plausibles*".

Parece especialmente oportuno mencionar aquí la sentencia del Tribunal General (TG), de 2 de octubre de 2024, asunto T-126/23, VC/EU-OSHA, que si bien no aplica el motivo de exclusión previsto en el artículo 57.4 d) de la Directiva sino el del artículo 136 del Reglamento 2018/1046, de 18 de julio de 2018[33], contiene un análisis absolutamente alineado con lo que pretendemos poner de manifiesto. En este asunto, el TG ha declarado que una resolución sancionadora en materia de competencia que no es firme y cuya ejecución se encuentra suspendida cautelarmente (en el caso, se trataba de la resolución de la CNMC en el asunto Consultoras[34]), puede servir de base para excluir a un operador económico de procedimientos de contratación pública por *"falta de ética profesional grave"*. El TG precisa que, incluso en ausencia de sentencia firme o decisión administrativa definitiva, la exclusión puede fundamentarse en una calificación jurídica preliminar basada en hechos constatados por una autoridad nacional de competencia, siempre que no se trate de meras sospechas y que la suspensión cautelar no cuestione las constataciones fácticas de la infracción. A nuestro juicio, con este pronunciamiento apuntala la autonomía del régimen europeo de exclusión respecto de la firmeza de la sanción *antitrust*.

Interacción con juntas consultivas de contratación y poderes adjudicadores

Finalmente, vamos a tratar las consecuencias de la ejecutividad de la prohibición de contratar determinada por una autoridad de competencia, desde la perspectiva tanto de la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado o, en su caso, de las juntas consultivas autonómicas equivalentes como de los poderes adjudicadores. En relación con estas primeras, si bien la inscripción en el ROLECE –o registro autonómico al efecto- no es condición necesaria

[32] En la **STJUE de 19 de junio de 2019, asunto *Meca*, (C-41/18), ECLI:EU:C:2019:507**, el Tribunal afirmó que una normativa nacional que impida al poder adjudicador apreciar la concurrencia de un motivo de exclusión facultativo vulnera el efecto útil del artículo 57.4 de la Directiva. Posteriormente, en la **STJUE de 14 de enero de 2021, asunto *RTS infra y Aannemingsbedrijf Norré-Behaegel*, (C-387/19), ECLI:EU:C:2021:13**, reconoció expresamente el efecto directo del artículo 57.6 relativo a las medidas de *self-cleaning* y, finalmente, en la **STJUE de 21 de diciembre de 2023, asunto *Infraestruturas de Portugal*, (C-66/22), ECLI:EU:C:2023:1019**, insistió en que los Estados miembros no pueden ejercer su margen de apreciación de manera que vacíen de contenido el sistema armonizado de exclusión previsto en el artículo 57 de la Directiva.

[33] Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión.

[34] Resolución de la CNMC de 11 de mayo de 2021, Exp. S/DC/0627/18 – Consultoras.

para la ejecutividad de la prohibición que trae causa de una infracción de competencia, el artículo 73.2 de la LCSP obliga a la autoridad de competencia a una comunicación "sin dilación" de la resolución, que concreta el ámbito de la prohibición de contratar, a tales registros. A pesar del efecto meramente declarativo de esta inscripción, una comunicación fluida, de todas las incidencias que se puedan producir durante la vigencia de la prohibición, entre estas instituciones es esencial a fin de garantizar una correcta y actualizada publicidad de esta medida. Por lo tanto, tiene una importancia capital para administrar correctamente el sistema de prohibiciones de contratar, la coordinación administrativa entre la autoridad de competencia y la junta consultiva de contratación de su ámbito de actuación.

Como hemos apuntado antes, al órgano de contratación le corresponde la apreciación de tal prohibición, de manera que debe comprobar si los licitadores disponen de capacidad consultando el ROLECE o el registro autonómico correspondiente, a riesgo de incurrir en un supuesto de nulidad de pleno derecho, en particular, en el recogido en el artículo 39.2.a) de la LCSP, en caso de llegar a formalizar un contrato con un licitador "*incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71 (LCSP)*".

Sin perjuicio de la obligatoria consulta en el ROLECE -o registro autonómico correspondiente- por parte del órgano de contratación, parecería relevante activar la coordinación entre las autoridades de competencia y los órganos de contratación eventualmente afectados por una prohibición establecida por ella. Así podría resultar de utilidad que la autoridad de competencia comunique su resolución sancionadora a los poderes adjudicadores que se vean directamente afectados por la prohibición en ella determinada, con el objetivo de advertirlos de la existencia de tal prohibición, así como de la necesidad de prestar una especial atención a la publicidad que ofrece el registro, y poder hacer el indispensable seguimiento de la "vida" de tal medida[35]. Aunque cabe reconocer que una actuación de esta naturaleza solo será factible, en aquellos supuestos en los que el alcance de la prohibición de contratar se circunscriba a un conjunto concreto y determinado de poderes adjudicadores.

Se ha planteado también la cuestión sobre si al órgano de contratación le corresponde en el ámbito de la apreciación de la prohibición de contratar en el procedimiento de contratación por él promovido, valorar las medidas de *self-cleaning* eventualmente adoptadas por la empresa afectada por una prohibición. A nuestro juicio, el artículo 72.5 de la LCSP es claro, al establecer *"El órgano competente para conocer de la citada revisión será el mismo que dictó la resolución de declaración de prohibición de contratar"* y tal previsión legal no implica desatender la reiterada jurisprudencia del TJUE, a la que nos hemos referido en este artículo, sobre la facultad del órgano de contratación de valorar la honorabilidad de la empresa licitadora, al amparo de los apartados 4º y 6º del artículo 57 de la Directiva.

Las sentencias del TS aquí comentadas son clave para sostener tal consideración, en particular, cuando establecen que: *"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 21 de diciembre de 2023, asunto C-66/22 (Infraestruturas de Portugal), ha declarado que el*

[35] Poner de manifiesto que la ACCO desde 2019, cuando empezó a incluir el alcance y duración de la prohibición de contratar en sus resoluciones, también introdujo en la parte dispositiva de las mismas la obligación de comunicar la resolución a los poderes adjudicadores directamente afectados.

artículo 57, apartado 4, letra d), de la Directiva 2014/24/UE se opone a una normativa nacional que atribuya de manera exclusiva a la autoridad nacional de defensa de la competencia la facultad de decidir la exclusión de operadores económicos de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos por una infracción de las normas de competencia. Esta doctrina se dirige, por tanto, a preservar la competencia decisoria del poder adjudicador en relación con la exclusión en cada licitación, sin extenderse a la regulación interna de las consecuencias jurídicas generales derivadas de una infracción firme del Derecho de la competencia".

Precisamente, este inciso final es lo que nos lleva a entender que el TS está distinguiendo entre motivos de exclusión previstos en el artículo 57.4 de la Directiva –y la inherente facultad del poder adjudicador de valorarlos, dando cumplimiento al apartado 6º del mismo precepto– y "las consecuencias jurídicas generales derivadas de una infracción firme del Derecho de la competencia", léase, las prohibiciones de contratar en el ámbito de competencia, en la que el papel del poder adjudicador se centra en apreciar la concurrencia de tal circunstancia.

En todo caso, habrá que estar al resultado del recurso interpuesto ante el TJUE por la Comisión Europea contra el Reino de España, por no haber adoptado todas las medidas necesarias para transponer de manera completa y correcta la Directiva, en particular, para lo que aquí nos ocupa, el citado artículo 57.4. La Comisión Europea considera que la Directiva reconoce *"a los poderes adjudicadores la facultad de aplicar motivos de exclusión facultativos, y que los Estados miembros deben transponerlos, pudiendo hacerlos obligatorios, pero sin restringir su alcance. La normativa española limitaría no obstante dichos motivos a supuestos con sanción o decisión administrativa firme, impidiendo a los poderes adjudicadores excluir a operadores económicos basándose en cualquier medio adecuado o indicios suficientemente plausibles, lo que supone una transposición incorrecta de las Directivas".*

4. Conclusiones

Si bien el TS ya había ofrecido pistas sobre la facultad de las autoridades de competencia para determinar el alcance y la temporalidad de la prohibición, sus sentencias nº 1655/2025, de 16 de diciembre, y nº 50/2026, de 26 de enero cierran este debate jurídico y marcan un punto de inflexión en la delimitación del régimen jurídico de la prohibición de contratar derivada de infracciones del Derecho de la competencia. El TS confirma que el artículo 72.2 de la LCSP constituye base legal suficiente para permitir a la autoridad de competencia fijar, en la propia resolución sancionadora, el alcance y la duración de la prohibición, configurando así un modelo de doble cauce, en el que el procedimiento del artículo 72.3 de la LCSP opera con carácter subsidiario.

El TS reitera su conceptualización de la prohibición de contratar como consecuencia legal del Derecho de la contratación pública y no como sanción accesoria del régimen *antitrust*. Esta calificación resulta decisiva para descartar la vulneración de los principios de legalidad y desplaza el análisis desde el terreno estrictamente sancionador hacia el ámbito de la integridad y fiabilidad en la contratación pública.

En el plano práctico, estas sentencias previsiblemente consolidarán la tendencia de las autoridades de competencia a concretar de manera sistemática el alcance y duración de la

prohibición en sus resoluciones sancionadoras, reforzando su papel en la configuración de las consecuencias públicas de las infracciones *antitrust*.

En este ámbito, resulta exigible a la autoridad de competencia, en palabras del TS: "*una aplicación proporcionada de la medida y evita[r] respuestas automáticas o indiscriminadas que podrían resultar disfuncionales desde la perspectiva del interés público en la preservación de una competencia efectiva*". Y para ello, el propio TS ha ofrecido pautas, en su sentencia nº 181/2026, de 18 de febrero, puesto que ha señalado como criterios a tomar en consideración en la concreción de tal medida: la existencia de mala fe del infractor, el carácter deliberado de la conducta, la gravedad y la duración de la infracción, el grado de participación en la conducta, así como la estructura y las características del mercado afectado y los efectos reales de la medida sobre futuras licitaciones.

Asimismo, la ejecutividad de la prohibición plantea implicaciones relevantes tanto para los operadores económicos como para los órganos de contratación, particularmente en relación con la participación en procedimientos de licitación en curso, la eventual solicitud de medidas cautelares y la coordinación con los registros oficiales de licitadores. Aunque la prohibición opera *ex nunc* y no afecta automáticamente a contratos ya perfeccionados, siguen abiertas numerosas cuestiones prácticas.

El encaje del modelo español con el artículo 57 de la Directiva y con la jurisprudencia del TJUE confirma que la determinación administrativa del alcance de la prohibición no desplaza la competencia decisoria del poder adjudicador en cada procedimiento de contratación. No obstante, el eventual resultado del recurso por incumplimiento interpuesto por la Comisión Europea contra el Reino de España podría incidir en la arquitectura interna del sistema de exclusión de la contratación pública.

En definitiva, estos pronunciamientos no solo resuelven una controversia competencial y los criterios aplicables para lograr la perentoria proporcionalidad en la determinación del alcance y duración de la prohibición de contratar, sino que consolidan un modelo en el que la política de competencia y la contratación pública quedan estrechamente interconectadas.

Bibliografía

AYMERICH CANO, C., "Acerca de la (in)eficacia de las prohibiciones para contratar. Crítica de la resolución del TACRC 653/2017, de 14 de julio", Observatorio de Contratación Pública [en línea] [consulta: 27-02-2026]. Disponible en: https://obcp.es/opiniones/acerca-de-la-inefica-cia-de-las-prohibiciones-para-contratar-critica-de-la-resolucion-del.

AYMERICH CANO, C., "Las prohibiciones para contratar en la Ley de Contratos del sector público de 2017". En *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2019, p. 306-343.

CANEDO ARRILAGA, M.P., "La prohibición de contratar en materia de competencia". En REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., CANO CAMPOS, T. (Dir), *Anuario de Derecho administrativo sancionador* 2022, Ed. Thomson Reuters, p. 399-425.

ESTER CASAS, V., "La exclusión de los licitadores por la existencia de indicios plausibles de colusión en la contratación pública. Su tratamiento en Derecho europeo y español". En RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir), *Anuario de Derecho de la Competencia 2023*, Ed. Aranzadi, S.A.U., p. 29-48.

GRAU ARNAU, S., "La prohibición de contratar como consecuencia del falseamiento de la competencia: apuntes desde la experiencia". En GUILLÉN CARAMÉS, J. y HERNANDO RYDINGS, M. (Dir), *Retos de la contratación pública y del derecho de la competencia*, Ed. Aranzadi, S.A.U., 2024, p. 97-128.

GUILLÉN CARAMÉS, J., "Las interrelaciones entre la contratación pública y el Derecho de la competencia: medidas de reacción ante conductas colusorias". En GUILLÉN CARAMÉS, J. y HERNANDO RYDINGS, M. (Dir), *Retos de la contratación pública y del derecho de la competencia*, Ed. Aranzadi, S.A.U., 2024, p. 25-75.

GUILLÉN CARAMÉS, J., "Las prohibiciones de contratar por infracciones del Derecho de la Competencia: ¿Son o no son verdaderas sanciones? La necesaria reconsideración de su naturaleza jurídica". En REBOLLO PUIG, M., HUERGO LORA, A., GUILLÉN CARAMÉS, J., CANO CAMPOS, T. (Dir), *Anuario de Derecho administrativo sancionador 2022*, Ed. Thomson Reuters, p. 341-397.

RINCÓN GARCÍA LOYGORRI, A. y CHASTANG REYES, B., "La valoración de los programas de cumplimiento por la CNMC y las autoridades autonómicas de la competencia". En RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir), A*nuario de Derecho de la Competencia 2023*, p. 103-123.

SERRANO CHAMIZO, J., "La reacción contra la colusión en el Derecho de la UE y la LCSP". En GUILLÉN CARAMÉS, J. y HERNANDO RYDINGS, M. (Dir), *Retos de la contratación pública y del derecho de la competencia*, Ed. Aranzadi, S.A.U., 2024, p. 77-95.

En clave abierta

De cartas a cuentas: equilibrio en el cálculo del coste del servicio postal universal

Autores:

Eduardo Martínez Bernardo, Dirección de Transportes y del Sector Postal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

Susana Fernández Fernández, Dirección de Transportes y del Sector Postal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

Víctor Moya Cid de Diego, Dirección de Transportes y del Sector Postal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

Resumen:

El actual escenario tecnológico y el declive de los servicios postales tradicionales exige una reevaluación del servicio postal universal y de la metodología de cálculo de su coste, que es financiado con fondos públicos. En España, la CNMC ha sido crítica con la metodología vigente por no calcular de forma realista el coste que supone su prestación por Correos y ha realizado una propuesta alternativa que permite un cálculo más preciso y sólido en términos económicos.

Palabras clave:

Correos, coste neto, servicio postal universal, regulación, sector postal.

Códigos JEL:

K23, L38, L51, L87

1. Introducción.

Desde la generalización de sus servicios en el siglo XIX, el sector postal se consolidó como elemento clave y soporte del desarrollo económico y social. Sin embargo, a finales del siglo XX y, especialmente, a lo largo del siglo XXI los cambios tecnológicos, económicos y sociales han provocado un acusado declive del volumen gestionado de productos tradicionales de correspondencia (Pateiro, 2003), sólo parcialmente compensado por la paquetería asociada al comercio electrónico (Ansón et al., 2023).

Paralelamente a esta evolución, el sector ha experimentado un progresivo desarrollo normativo. En el ámbito europeo dicho proceso se inició con la Directiva 97/67/CE[1], precursora del proceso liberalizador, culminado posteriormente por la Directiva 2008/6/CE[2]. En este marco regulatorio ostenta especial relevancia el denominado servicio postal universal (en adelante, SPU), concebido para garantizar la prestación de los servicios postales con determinados estándares de calidad y a precios asequibles en la totalidad del territorio nacional.

En el contexto actual en el que el declive del sector se ve agravado por el incremento sostenido de los costes unitarios de prestación, la adaptación del SPU se erige como uno de los principales desafíos. En este escenario caracterizado por el acusado descenso del volumen de correo tradicional y la expansión de la paquetería y de los servicios digitales, el modelo vigente de prestación del SPU y de cálculo de su coste, basado esencialmente en grandes volúmenes de correo, diverge cada vez más de la realidad del mercado.

La infraestructura tradicional asociada a la prestación del SPU presenta señales de insostenibilidad, en la medida en que los costes unitarios no se reducen de forma proporcional a la caída de los volúmenes de correo. Esta situación está impulsando un debate sobre la necesidad de replantear la regulación del sector en su conjunto y del SPU en particular. Surgen así cuestiones clave: ¿cómo justificar un marco regulatorio centrado en cartas que ya no refleja adecuadamente la realidad actual del mercado? ¿Hasta qué punto la infraestructura postal, concebida para unos volúmenes y un modelo de prestación determinados, sigue siendo adecuada y sostenible a largo plazo? Y, en última instancia, ¿se está calculando correctamente el coste del SPU?

La falta de respuestas a estos interrogantes genera una incertidumbre que dificulta cada vez más una transición equilibrada entre el volumen de cartas gestionadas y las cuentas generadas por el SPU, tanto para los operadores postales como para los organismos reguladores. Esta situación pone de relieve la urgente necesidad de revisar los modelos de prestación y financiación del SPU.

[1] Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio.

[2] Directiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008, por la que se modifica la Directiva 97/67/CE en relación con la plena realización del mercado interior de servicios postales comunitarios.

En el caso español la realidad del sector no es ajena a las circunstancias descritas y su desarrollo normativo ha discurrido en paralelo al europeo, incorporando las citadas directivas al ordenamiento jurídico nacional a través de la Ley 43/2010[3] o de la nueva Ley 6/2025[4], último desarrollo normativo, que afecta al SPU en España, a la vez que declara nuevos servicios de interés económico general (en adelante, SIEG) de naturaleza postal y no postal, y encomienda su prestación al operador designado para prestar el SPU.

En el apartado 2 de este artículo se analizará el SPU como elemento fundamental de la regulación postal dentro del contexto europeo y nacional y, especialmente, el coste neto del SPU (en adelante, CNSPU) derivado de la prestación del mismo, examinándose desde un punto de vista teórico las causas económicas, técnicas y regulatorias de su existencia. En el apartado 3 se estudiará la importancia de calcularlo adecuadamente.

Posteriormente, en los apartados 4 y 5, se mostrará una visión general del cálculo del CNSPU en Europa y en España considerando las últimas tendencias internacionales en cuanto a modificaciones en el SPU y en su metodología de cálculo debido a la obsolescencia y declive del sector en la actual economía digital, incluyendo la más reciente modificación legislativa en España que es la mencionada Ley 6/2025. Después de años de estabilidad regulatoria, como se indica en Gottschalk et al., 2022 los cambios en los mercados requieren unas medidas regulatorias dinámicas, algo que parecen estar entendiendo los Estados miembros de la Unión Europea (en adelante, UE). Estas medidas, muchas de ellas aún en vías de ejecución, se explican en el apartado 6, donde se muestra cómo muchos países europeos están reconfigurando o acotando el SPU para su adaptación al siglo XXI.

En el marco económico y regulatorio descrito en los apartados anteriores y a la luz de la experiencia en la aplicación del Plan de Prestación del SPU[5] por parte de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. (en adelante, Correos) y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, CNMC), en el apartado 7 se analizará el equilibrio, o más concretamente el desequilibrio, existente en el cálculo del CNSPU en España. Finalmente, se presentará la nueva metodología de cálculo del CNSPU aprobada por Acuerdo de la CNMC de diciembre de 2025[6] que permite adaptarse al nuevo entorno económico y regulatorio del sector de una forma neutra. A modo de cierre, en el apartado 8, se exponen las principales conclusiones de este artículo y se resumen los elementos clave de la metodología propuesta, así como las mejoras introducidas con respecto al modelo vigente.

[3] Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal.

[4] Ley 6/2025, de 28 de julio, de modificación de la Ley 19/1994, de 6 de julio, de modificación del Régimen Económico y Fiscal de Canarias, para la regulación de las inversiones en elementos patrimoniales afectos a la actividad de arrendamiento de vivienda en las Islas Canarias.

[5] Resolución de 15 de junio de 2021, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 1 de junio de 2021, por el que se aprueba el plan de prestación del servicio postal universal.

[6] Acuerdo de 16 de diciembre de 2025 por el que se aprueba una propuesta metodológica para estimar el coste neto del servicio postal universal (STP/DTSP/077/25).

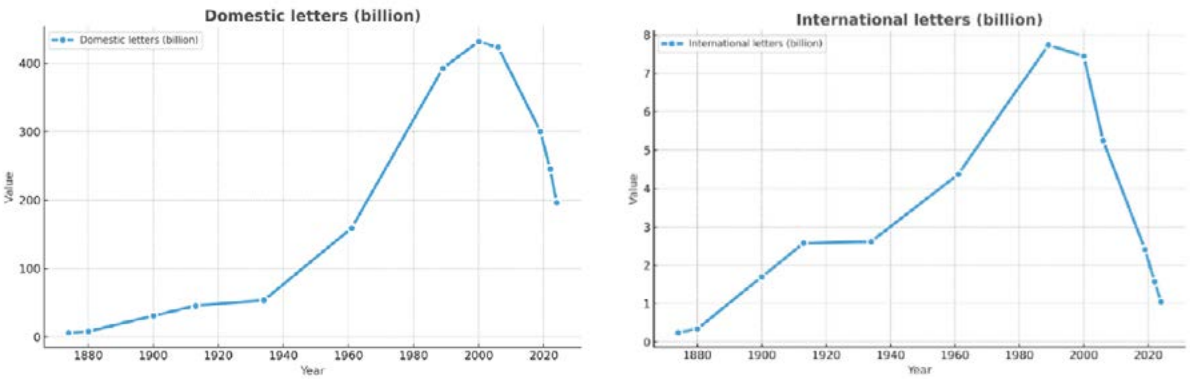
2. ¿Qué es el Servicio Postal Universal?

El origen de la correspondencia se remonta a las civilizaciones antiguas con los denominados sistemas postales imperiales (John, 2015), los cuales alcanzaron su cénit en Persia y Roma permitiendo a los líderes políticos supervisar procesos administrativos o ejercer la diplomacia. En el siglo XIII las redes postales europeas, organizadas por corporaciones autónomas, por ejemplo, la Universidad de París, comienzan a asentarse y a partir del siglo XV, la invención de la imprenta y la mejora educacional impulsaron la demanda y la expansión del sistema de reparto por todo el continente (Jaag, 2014). En el siglo XVI países como Inglaterra permiten el acceso de toda la población a sistemas nacionales en los que se instauraron monopolios y estructuras tarifarias (Robinson, 1948).

El creciente intercambio postal nacional e internacional, vertebrado este sobre acuerdos bilaterales entre países, llegó a un nivel insostenible, haciéndose indispensable la articulación de profundas reformas. Entre ellas destaca la planteada por Sir Rowland Hill en Reino Unido en 1840, responsable de la introducción del primer sello, el Penny Black, y del sistema de franqueo previo (Coase, 1939). La necesidad de establecer principios generales para los acuerdos postales a nivel internacional dio paso en 1874 al tratado de Berna, el cual significó la creación de la Unión General de Correos, más tarde rebautizada como la Unión Postal Universal (en adelante, UPU).

Durante el último tercio del siglo XX, factores exógenos como la creciente demanda de nuevos servicios de telecomunicaciones o la sustitución electrónica resultaron en una caída de la correspondencia física en Europa y América del Norte, como han estudiado Iturralde et al., 2008 y Falch et at. 2018, y como también muestra la propia UPU en la figura siguiente:

Figura 1.
Volumen de cartas domésticas e internacionales de 1874 a 2024



Fuente: State of the Postal Sector 2024 (UPU, 2024)

Este desarrollo dio lugar a una doble reacción: la automatización de los procesos productivos por parte de los operadores postales y la liberalización y reorganización del mercado postal por parte de las administraciones (Pateiro, 2003). Ante la liberalización del sector y la globalización de los servicios postales se evidenció el peligro de un abandono de los segmentos menos rentables del mercado en favor de las zonas de elevada urbanización (Luff, 2002).

En consecuencia, en el Congreso de la UPU celebrado en Pekín en 1999, los países miembros introdujeron un nuevo artículo en la Convención de la Unión, el cual obliga a todos los miembros a proveer un SPU (UPU, 2021), al entenderse como un catalizador fundamental para la consecución del territorio postal único, objetivo consagrado en el primer artículo de la Constitución de la UPU.

El SPU se define como *"los servicios postales básicos que el Estado se obliga a garantizar a todos los habitantes en todo el territorio, de forma permanente, con una calidad determinada, a precios asequibles"* (UPU, 2019). A partir de esta definición se desprenden los principios regidores del SPU, que debe ser ubicuo, garantizándose en cualquier parte de una nación; continuo, sin interrupciones ni suspensiones injustificadas; debe cumplir determinados parámetros en términos de plazos, extensión de la red, facilidades de acceso, frecuencia de distribución y entrega, atención al cliente o confiabilidad y, por último, debe prestarse a un precio accesible para todos los usuarios (Pateiro et al., 2010). Más allá de estos atributos, cabe destacar que, en numerosos casos las legislaciones nacionales exigen la provisión del SPU a precios uniformes, como contempla la Directiva 2008/6/CE en su Anexo I.

Desde un prisma económico, la justificación del SPU se sustenta sobre la maximización del bienestar social. Su provisión permite internalizar las externalidades de consumo propias de las industrias de red, ya que la utilidad de los usuarios postales depende del número de clientes conectados a la misma red. Por otro lado, puede actuar como un método de redistribución de la riqueza alternativo a instrumentos distorsionadores como los impuestos o las transferencias directas, siempre que se establezcan precios uniformes, o tarifas que no reflejen las diferencias en el coste de prestación del servicio. Asimismo, el SPU también constituye un método de provisión de un bien público, los servicios postales, al considerarse éticamente inaceptable la exclusión de determinados individuos de los sistemas de comunicación (Cremer et al., 2001).

A nivel comunitario, los servicios postales son considerados un instrumento esencial de comunicación e intercambio de información, desempeñando un papel fundamental en términos de cohesión económica, social y territorial, como indica la Directiva 2008/6/CE en su considerando 5 y el SPU, dada su naturaleza de servicio de interés económico, se erige como un eje vertebrador de los valores de la Unión Europea, debiendo velar la unión y los Estados miembros por su cumplimiento, como se indica en el artículo 16 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea[7]. En el momento previo a la liberalización del mercado postal europeo los Estados miembros presentaban una marcada disparidad en sus mercados nacionales. No obstante, compartían la concepción común de que el servicio de correos debía ser ofre-

[7] Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, versión consolidada, de 24 de diciembre de 2002, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas C 325.

cido a toda la población, estableciéndose para determinados servicios una tarifa reducida y uniforme. Asimismo, planteaban una configuración similar del sector como servicio público mediante la reserva pública parcial del mismo (Vida, 2004).

El proceso de liberalización del mercado postal europeo, iniciado por el Libro Verde de 1992 y culminado por la Directiva 2008/6/CE, implicó la limitación del SPU a un reducido número de productos postales que cubren las necesidades básicas de la comunicación postal y de la paquetería (Pateiro, 2003). Del mismo modo, en la directiva se prohibió la concesión por parte de los Estados de derechos especiales o exclusivos, denominados servicios reservados, que generaban ingresos que permitían a los operadores designados como prestadores del SPU compensar las pérdidas en las que venían incurriendo.

3. ¿Qué es el Coste Neto del SPU y por qué es importante calcularlo adecuadamente?

La satisfacción en un mercado desregulado de los previamente detallados principios del SPU requiere la designación, por parte de los poderes públicos, de un prestador del SPU que debe cumplir con las obligaciones de servicio universal (en adelante, OSU) en términos de frecuencias de reparto, nivel de cobertura de la red de oficinas o plazos de entrega.

Inicialmente, la transición hacia un mercado más competitivo, mediante la eliminación de los servicios reservados, generó cuestiones relevantes relativas al coste y a la financiación de las mencionadas OSU (Mirabel et al., 2004). Actualmente, esta problemática se vincula a la caída de la demanda y a la prestación del servicio postal universal con estándares de calidad determinados en todo el territorio nacional.

La determinación precisa del CNSPU resulta fundamental ya que debe compensar adecuadamente a un operador postal al que no siempre resulta rentable la prestación de las OSU, todo ello dentro de un mercado tradicional de cartas que se reduce año tras año y frente al auge del sector de la paquetería y de potentes competidores en el mismo.

¿Por qué el SPU genera un coste?

Como se observa en la Figura 1, el volumen de los servicios postales tradicionales lleva reduciéndose de forma continuada y ostensible desde hace décadas, lo cual, junto a cambios tecnológicos y económicos, ha producido una desconexión entre la evolución del sector postal y la evolución económica (UPU, 2025) de forma que el crecimiento económico no se traduce en un crecimiento del sector postal, como ocurría en el pasado. Ni siquiera el boom del comercio electrónico permite a los operadores postales compensar el declive postal; en el período 2019-2021 por cada paquete adicional enviado se perdían 8,8 cartas (Ansón et al., 2023). En este contexto, las OSU producen un impacto en la función de producción y, especialmente, en la función de costes de los operadores postales, los cuales se ven forzados a mantener unos niveles de producción y calidad que implican unos costes de prestación crecientes, impulsados por unos costes unitarios de red al alza para determinadas zonas y/o clientes.

Pese a la liberalización del sector postal, la competencia sigue siendo muy reducida en determinados segmentos. El operador designado, con relación al SPU, actúa de facto como un monopolista, de modo que, en ausencia de OSU, maximizaría su beneficio produciendo hasta que su ingreso marginal y su coste marginal se igualasen (Varian, 1992). Al estar regulados los precios postales, el operador tendería a un nivel de producción en el que el coste marginal se igualase al precio regulado, dejando desatendida aquella parte de la demanda formada por los clientes que supongan un coste marginal superior al precio regulado. Sin embargo, las OSU fuerzan al prestador a proveer a esos clientes, y en aquellas zonas donde el coste unitario se dispara, como es el caso del reparto en zonas remotas.

El coste marginal de prestar el servicio al cliente más alejado o más aislado es enormemente superior al coste medio de prestación, ya de por sí elevado por la reducción de los volúmenes postales. En el caso concreto de España, el número medio de personas cubiertas por una oficina es aproximadamente 20.000 (UPU, 2023), lo cual significa que en oficinas que cubran a una menor población, y probablemente más dispersa, el coste unitario por producto y cliente será mayor.

La diferencia entre la función de coste de producción del prestador del servicio (real) y la función de coste sin las OSU (teórica) supone un coste diferencial resultado de dichas obligaciones, las cuales obligan a los prestadores a mantener una red de oficinas y una plantilla de repartidores sobredimensionada. Además, la dispersión del tráfico en múltiples rutas *ad hoc* para atender a clientes dispersos impide a los operadores explotar economías de escala y densidad. Esto, unido a la reducción del tráfico postal, se traduce en un incremento de los costes medios unitarios, cumpliéndose la clásica regla de elasticidad inversa para los monopolios naturales (UPU, 2025 y Blagojević et al., 2020).

Por el lado de los ingresos, la obligación de prestar sus servicios a un precio uniforme en todo el territorio nacional impide al operador llevar a cabo una discriminación de precios, que en su vertiente de tercer grado implica vender un mismo bien a diferentes grupos de consumidores a precios distintos, cobrando el mismo precio por todas las unidades que vende a un mismo grupo. La producción y, por tanto, el precio aplicado a cada grupo se estipularía igualando el ingreso marginal que cada grupo reporta al monopolista al coste marginal en el que éste incurre por cubrir la demanda del grupo en cuestión (Pigou 1920).

El impacto sobre los costes y los ingresos de los operadores postales, así como el declive de su negocio tradicional provocarían que un operador racional modificara su comportamiento en el mercado, sin embargo, el SPU obliga a estos operadores a actuar con rigidez (UPU, 2024) todo lo cual provoca el surgimiento del coste del SPU. En este escenario económico y regulatorio la adecuada determinación y financiación del CNSPU es de vital importancia para la sostenibilidad del propio servicio, así como, en algunos casos, para la sostenibilidad del operador.

Financiación del CNSPU

Más allá de estructuras monopolísticas o regulaciones de precios, alternativas que restringirían la competencia, se plantean dos mecanismos básicos de financiación del CNSPU: la instauración de un fondo de compensación, normalmente financiado por los operadores

postales, o la concesión de subsidios directos por parte del sector público. La financiación con cargo al presupuesto público es eficaz y no afecta significativamente a la competencia (Borowiec, 2021), no obstante, puede repercutir negativamente sobre los objetivos nacionales de déficit público. Por otro lado, la evidencia señala que los fondos de compensación requieren también una participación significativa de fondos públicos. Además, una parte relevante del mismo puede ser soportada por el propio proveedor del SPU, si los operadores alternativos no superan los umbrales para participar de la financiación del fondo (Borowiec, 2021).

La financiación del SPU puede dar lugar a una problemática de riesgo moral, término propio de la literatura de seguros. Según Stiglitz, 2002, los agentes asegurados tienen incentivos para propiciar el acontecimiento cubierto por el seguro. El riesgo moral surge de la asimetría de información, que a su vez se deriva de un conflicto de intereses entre el objetivo público de obtener un servicio de calidad a un precio asequible y el objetivo maximizador de beneficios del operador designado. De este modo, si el operador sabe que el Estado va a cubrir la totalidad de los costes en los que incurra puede renunciar a actuaciones que maximicen la eficiencia y contengan los costes. En vista de lo expuesto, resulta esencial la figura del regulador, el cual debe crear los incentivos necesarios para propiciar el intercambio de información y castigar aquellas conductas que comprometan la calidad de los servicios (Viveros, 2015).

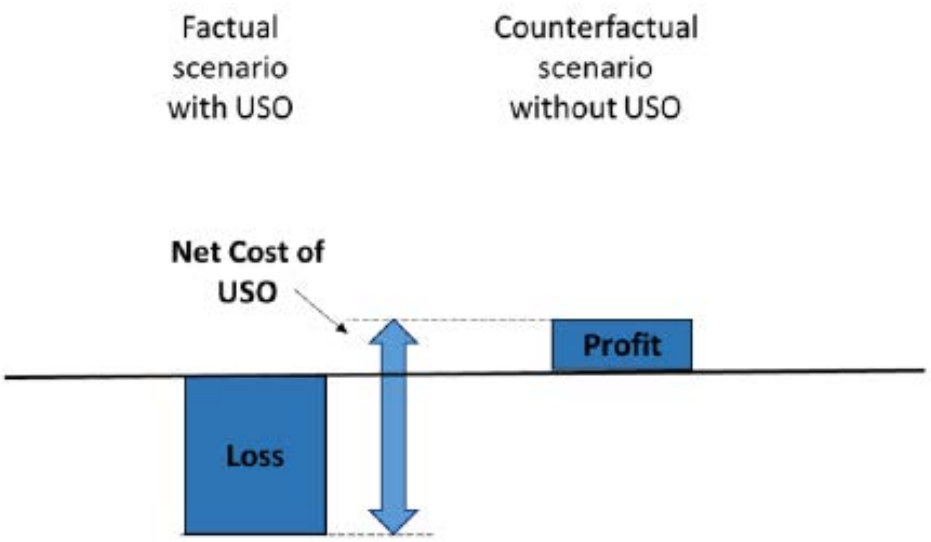
4. Cómo se Calcula el Coste Neto del SPU en la Unión Europea

En la UE, el marco común para calcular el coste del SPU es la Directiva 2008/6/CE, que en su Anexo I establece que el CNSPU *"es cualquier coste relacionado con la prestación del servicio universal y necesario para su funcionamiento"* y que se calcula como la diferencia entre el coste neto[8] para un proveedor designado con OSU y el correspondiente coste neto sin las OSU. El cálculo debe basarse en los elementos de los servicios que sólo pueden prestarse o en los usuarios que sólo pueden atenderse *"con pérdidas o en condiciones de costes no conformes a las prácticas comerciales normales"*.

El coste neto sin las OSU se calcula tomando como referencia un escenario teórico o contrafactual que debe diseñarse de forma que refleje cuál sería el comportamiento y el coste del prestador si pudiera desarrollar su actividad empresarial sin las restricciones y compromisos normativos del SPU, es decir, en base a las "prácticas comerciales normales". Este coste neto en el escenario contrafactual reflejaría las curvas de costes e ingresos de un operador racional y maximizador del beneficio. De forma resumida, el cálculo del coste neto del SPU se muestra en la siguiente figura:

[8] Se habla de coste neto ya que se trata del coste en que incurre el operador por la prestación del SPU minorado por los ingresos que recibe por la prestación de este. Por tanto, la determinación del coste neto debe considerar los costes e ingresos de la prestación del SPU.

Figura 2.
Esquema del cálculo del coste neto del SPU



Fuente: Financing of the USO (ERGP, 2025)

Esta metodología plantea complejas cuestiones económicas y políticas, ya que permite un abanico de enfoques de cálculo, e incluso la implantación práctica de cada enfoque en los Estados miembros es susceptible de ofrecer variantes dada la complejidad de los cálculos (Frontier Economics, 2012 y Wik, 2013). Adicionalmente, entran en juego conceptos como la eficiencia de costes de la red postal impactada, por ejemplo, por la presencia de funcionarios en la plantilla, con la rigidez que ello conlleva para responder a presiones competitivas (Oxera, 2007), o la posibilidad de compensar al prestador únicamente por la prestación del SPU o, indirectamente, por otros elementos de negocio como los descuentos aplicados en base a la política comercial de la compañía.

Métodos utilizados en países de la UE y buenas prácticas

Por tanto, en la UE este cálculo es más que una operación contable; exige plantearse cuánto cuesta realmente mantener el SPU y, a la vez, cómo evitar compensaciones excesivas que distorsionen el mercado, tal como insiste la Directiva 2008/6/EC. Esta tensión ha moldeado una "cultura regulatoria" europea, en la que cada país desarrolla su propio método para re-

correr el camino de cartas a cuentas, pero todos miran hacia los mismos principios rectores definidos en la Directiva 2008/6/CE y en el marco de los SIEG[9].

En este proceso, el Grupo de Reguladores Europeos de Servicios Postales (en adelante, ERGP) contribuye, mediante sus informes, a describir las mejores prácticas en los Estados miembros. El informe más reciente, Report on the financing of the USO (ERGP, 2025), profundiza aún más en el debate, mostrando cómo cada país configura su cálculo del coste neto ante realidades operativas distintas y su lectura ofrece una lección valiosa: en Europa no existe un único método "correcto", sino una diversidad de soluciones coherentes con el marco común.

Aunque cada país ajusta su metodología a sus circunstancias, existe un punto común: el escenario contrafactual es la pieza central para estimar el coste neto. La Directiva 2008/6/CE obliga a *"comparar la realidad con la alternativa plausible sin obligaciones"* que es el correspondiente coste sin las OSU.

El informe ERGP (2025) confirma que 17 países incluyen un contrafactual bien definido, que suele implicar reajustes profundos (cerrar oficinas no rentables, reducir la frecuencia de reparto, reconfigurar rutas, o incluso eliminar servicios como la carta prioritaria), y su aplicación se materializa en dos enfoques que son el *net avoidable cost* y *el profitability cost*[10], con un uso equilibrado en cuanto al número de países.

Uno de los puntos más interesantes del análisis comparado europeo es la importancia creciente de los beneficios intangibles. La mencionada directiva exige que se incluyan estos beneficios en el cálculo y el ERGP (ERGP, 2023b) ha reiterado su relevancia para evitar compensaciones indebidas. Entre los beneficios más comunes destacan la exención de IVA, la reputación o valor de marca, el efecto publicitario de la red y los derechos exclusivos (diferentes a los prohibidos por la directiva) (ERGP, 2025).

Por último, la Directiva 2008/6/CE introduce el concepto de carga financiera injusta, esto es, que tener un coste neto no implica automáticamente derecho a compensación. La mayoría de los países utilizan uno o varios criterios para determinar la existencia de una carga financiera injusta derivada de la prestación del SPU, por ejemplo, que el coste neto supere un cierto porcentaje de los ingresos del SPU (1–3%) o que suponga un impacto en la rentabilidad global del prestador, también puede realizarse una comparación entre el beneficio del operador designado y el de otros operadores (Jaag, 2011; ERGP, 2012; ERGP, 2025).

5. Cómo se calcula el Coste Neto en España

La Ley 43/2010 establece que el operador postal público, Correos, actuará como el operador designado por un período de 15 años (ampliado a 20 años por la Ley 6/2025), siendo su responsabilidad presentar anualmente su cálculo del CNSPU a la CNMC, que debe verificarlo.

[9] Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas de ayudas estatales de la UE a la compensación concedida por la prestación de servicios de interés económico general (2012/C 8/02).

[10] El enfoque *net avoidable cost* calcula el coste del SPU como el coste evitado por no prestar los servicios o elementos deficitarios de la OSU, mientras que la aproximación *profitability cost* evalúa el impacto de la OSU en el operador en su conjunto.

La metodología de cálculo del CNSPU desarrollada en el Plan de Prestación del SPU se basa en la metodología del coste evitado neto, tal y como establece la Directiva 2008/6/CE, en otras palabras, se calcula cuánto ahorraría Correos si no tuviera que cumplir con las obligaciones del SPU. Y también considera otros elementos como las ventajas inmateriales que obtiene el operador (por ejemplo, mayor reconocimiento de la imagen de marca o derechos exclusivos), el derecho a obtener un beneficio razonable y los incentivos para mantener la eficiencia en costes. La carga financiera injusta resultante se compensa mediante un fondo de financiación gestionado por la CNMC, cuya principal fuente de ingresos son las transferencias de los Presupuestos Generales del Estado, a través del Ministerio de Transportes y Movilidad Sostenible.

El marco jurídico del SPU y del cálculo de su coste se ha actualizado en el año 2025 con la mencionada Ley 6/2025, según la cual el SPU queda circunscrito únicamente al ámbito de distribución urbano. Por otro lado, se establecen unos nuevos SIEG, como la accesibilidad a servicios financieros básicos o a la Administración Pública y las comunicaciones postales rurales (desgajadas del SPU), y se designa directamente a Correos para prestarlos, con su correspondiente compensación, cuya verificación no recae sobre la CNMC, sino sobre la Intervención General de la Administración del Estado. Adicionalmente, se introducen determinados cambios en la metodología de cálculo del CNSPU del Plan de Prestación del SPU.

Hasta este cambio del marco jurídico, la labor de la CNMC ha contribuido a reforzar la transparencia, la trazabilidad contable y la eficiencia regulatoria del sistema postal español. No obstante, existen determinados retos relacionados con la consolidación de una metodología estable de cálculo, la calidad de la información contable aportada por el operador y la adaptación del modelo a un contexto de digitalización creciente y reducción del volumen postal (AIReF, 2019). En este sentido, debe destacarse que la CNMC ha sido crítica con muchos aspectos de la metodología de cálculo del CNSPU del Plan de Prestación del SPU, lo que ha expresado, fundamentalmente, a través de dos informes, el primero publicado en 2020[11], complementado con otro de 2023[12], y en una reciente resolución[13]. Por otro lado, la CNMC también ha mostrado sus reticencias a las recientes modificaciones de la Ley Postal[14], especialmente a la desagregación del SPU de las comunicaciones postales rurales y su configuración como un SIEG, pretendidamente distinto del SPU, con una financiación separada del SPU y bajo la supervisión de un organismo distinto de la CNMC, y con un estatus de independencia muy alejado del de la CNMC.

6. Últimas noticias del SPU en la UE y España

[11] Acuerdo por el que se adopta el informe al plan de prestación y al contrato regulador de la sociedad estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E. (INF/DTSP/056/20) de 30 de septiembre de 2020.

[12] Informe sobre la metodología de cálculo del coste neto del servicio postal universal (INF/DTSP/401/23) de 19 de septiembre de 2023.

[13] Resolución de 18 de diciembre de 2025 de terminación del procedimiento de verificación del coste neto determinación de la carga financiera injusta del servicio postal universal correspondiente al ejercicio 2021 (SU/DTSP/012/25).

[14] Informe sobre la reforma de la ley postal (PRO/CNMC/001/25) de 29 de julio de 2025.

El marco jurídico europeo y español, explicado en los apartados anteriores, se está viendo superado por la realidad ya comentada de un sector postal en declive. En este contexto son numerosas las voces que advierten sobre los retos globales a los que el sector debe hacer frente en los próximos años, como la fragmentación de las redes postales transfronterizas, la necesidad de inversiones estratégicas que impulsen la modernización de la infraestructura postal o la imperativa diversificación de la actividad de los operadores designados, dado el desplome del volumen de cartas (UPU, 2025). Asimismo, son diversos los organismos que, a raíz de la descrita evolución, señalan la necesidad de revisar el marco regulatorio postal y de reformular el SPU (ERGP, 2019). De hecho, ya en 2007 se cuestionaba si el beneficio social que reporta compensa el coste derivado de su prestación (Cremer et al., 2007).

Atendiendo al ámbito comunitario, destacan las recomendaciones de un estudio encargado por la Comisión Europea para redefinir el SPU y asegurar que pueda adaptarse a los distintos contextos nacionales (CE, 2024).

Sin esperar a la reforma del marco comunitario, el análisis de la definición del SPU desde 2010 en 30 países europeos revela que únicamente en 6[15] se ha mantenido inalterada (ERGP, 2023a), apreciándose una tendencia común hacia la eliminación de servicios integrantes del SPU, el impulso de la flexibilidad en la frecuencia de distribución y recogida o la revisión de los estándares de calidad y su reorientación desde la velocidad a la fiabilidad, todo ello con el propósito de aligerar la presión que este servicio ejerce sobre el balance de los operadores designados y, por extensión, sobre los presupuestos públicos (Senay, 2025).

Por ejemplo, la ley postal italiana fue objeto de una de las primeras reformas significativas del SPU en 2015, que redujo la frecuencia de servicios postales a días alternos para un 25% de la población residente, fundamentalmente en zonas rurales (AIReF, 2019). La *Postrechtsmodernisierungsgesetz* aprobada en Alemania en 2024 constituye otro desarrollo legal paradigmático, el cual supone una moderación significativa de los objetivos de calidad, pasando de exigir el reparto del 80% de cartas en 1 día y del 95% en 2, a requerir una entrega del 95% de la correspondencia el tercer día y del 99% el cuarto. También en 2024, el parlamento lituano promulgó una reforma de la ley postal, con miras a garantizar una provisión sostenible del SPU que, entre otras cuestiones, supuso una flexibilización de las normas de distribución, permitiendo a los operadores postales el reparto de la correspondencia ordinaria mediante su depósito en buzones no domiciliarios (Ghalumyan, 2024). En julio de 2025, Ofcom, el regulador postal británico, pasó a permitir al operador designado, Royal Mail, el reparto más flexible de cartas no prioritarias, persiguiendo también la sostenibilidad del SPU (Ghalumyan, 2025).

El caso danés resulta el más significativo por la radicalidad de las medidas articuladas. La reforma de la ley postal danesa de enero de 2024 supuso la abolición del grueso de las OSU, limitando a tres los servicios especiales garantizados: servicios postales gratuitos para personas invidentes; envíos asegurados, certificados e internacionales y servicios postales para poblaciones insulares. Inicialmente, PostNord Denmark, el proveedor designado hasta el 31

[15] Bulgaria, Chipre, Croacia, Hungría, Luxemburgo y España (pues la reforma de la legislativa de 2025 no ha supuesto una modificación real del SPU, ya que la prestación del SPU en el entorno rural, objeto ahora de un "nuevo" SIEG, se exige en las mismas condiciones que la prestación del SPU en el ámbito urbano).

de diciembre de 2023, llegó a un acuerdo con el gobierno para la provisión de los tres servicios mencionados, no obstante, a principios de 2025 anunció la interrupción de dichos servicios, efectiva desde el 1 de enero de 2026, la retirada de los 1.500 buzones instalados en el país y el cese de la venta de medios de franqueo (Dunn, 2025). El operador postal Dansk Avis Omdeling actualmente presta los servicios del SPU asignados mediante licitación.

Finalmente, es pertinente señalar que otros países valoran actualmente la articulación de reformas con una orientación similar a las descritas. En agosto de 2025 el Ministerio de Finanzas sueco propuso una reforma de la ley postal que implicaría una marcada ampliación de los plazos de entrega exigidos[16]. En la misma línea, el gobierno neerlandés planteó en octubre la extensión del tiempo de entrega de las cartas estándar de 1 a 2 días en 2026 y a 3 días a partir de 2027 (CEP, 2025). En el caso de España, la respuesta a la evolución del sector postal es la mencionada Ley 6/2025 que, como se ha indicado, acota el SPU al ámbito urbano pero establece un nuevo SIEG en el ámbito rural con obligaciones idénticas a las del SPU, así como otros SIEG, todos ellos asignados a Correos que, en consecuencia, recibirá financiación pública adicional.

Otras medidas alentadas por los crecientes costes unitarios han incidido en los precios, como la reforma sueca de 2019, que introduce unos precios máximos que, además de reflejar la inflación, permiten incrementos basados en los costes unitarios ascendentes. Entre 2017 y 2021 el precio de la carta de 20 gramos nacional aumentó en Europa una media del 33%, dándose las mayores subidas en Bélgica (103%), Grecia (164%) y Estonia (131%) (Copenhagen Economics, 2022).

Los propios operadores postales han implantado diferentes estrategias para afrontar estos retos sectoriales, desde aumentos de tarifas hasta planes de reducción de costes o la diversificación de servicios, emprendiendo la prestación de servicios financieros, de seguros o de transferencia de dinero (Falch et al., 2018). Si bien los resultados de estas estrategias han sido desiguales, han resultado exitosas en los casos notables de Poste Italiane, CTT, La Poste francesa o Japan Post Group (OIG, 2025 y Samambet et al., 2025).

El Plan Estratégico 2024-28 de Correos, en palabras de su presidente, tiene como objetivo *"avanzar hacia la sostenibilidad financiera [..] Para ello, apostamos por diversificar nuestras líneas de negocio, modernizar nuestros servicios y anticiparnos a las nuevas necesidades de la sociedad."* En concreto, se pretende que la paquetería y los servicios no postales crezcan hasta alcanzar un 35% y un 16% de los ingresos respectivamente en 2028 y se cuenta también con que aumenten las aportaciones recibidas en compensación por la prestación del SPU y los nuevos SIEG (Correos, 2024).

7. Propuesta de Nueva Metodología de Cálculo del CNSPU en España

En este contexto de experiencia histórica acumulada y de cambio, la CNMC propone una nueva metodología de cálculo del CNSPU de Correos que, adicionalmente, afronta los desafíos

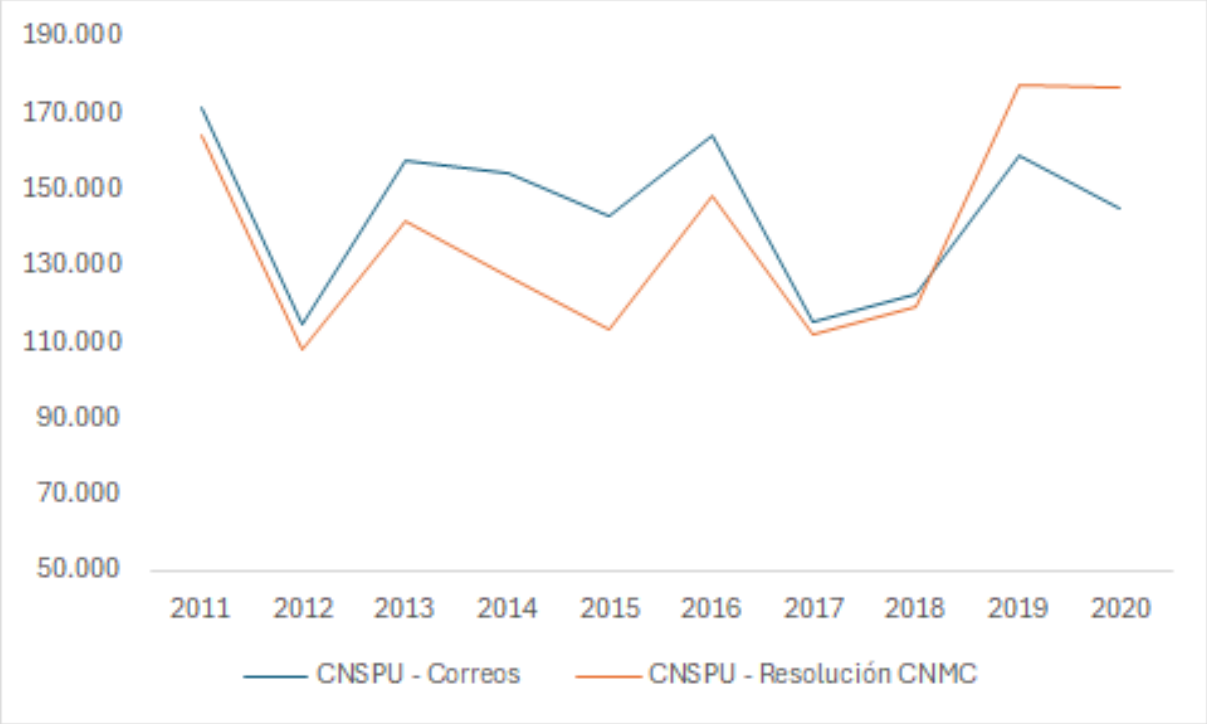
[16] Promemoria: Ändring av kravet på befordringstid i den samhällsomfattande posttjänsten. Estocolmo: Regeringskansliet. 2025.

técnicos y metodológicos detectados que impiden calcular fielmente el coste de prestación del SPU.

El análisis de los resultados del CNSPU del periodo 2011 a 2020, realizado por la CNMC en base al Plan de Prestación, revela un comportamiento irregular del coste neto y la rigidez de ciertos parámetros aplicados, lo que evidencia la conveniencia de adaptar el sistema metodológico a un mercado dinámico y cada vez más digitalizado, garantizando al mismo tiempo la eficiencia, sostenibilidad y transparencia del SPU. Todo ello además de otras limitaciones y complejidades metodológicas que la CNMC ya denunció en dos informes de 2020 y 2023 y que han sido corroboradas en las correspondientes resoluciones de revisión del CNSPU presentado por Correos[17].

A continuación, se muestran los importes del CNSPU en los ejercicios 2011 a 2020, presentada por el propio operador y aprobada por la CNMC:

Figura 3.
CNSPU presentado por Correos y aprobado por la CNMC de 2011 a 2020 (miles de euros)



Fuente: Elaboración propia a partir de las resoluciones de la CNMC.

De forma resumida puede decirse que se han detectado deficiencias metodológicas en cuanto al diseño del escenario teórico sin OSU y que el nivel de complejidad del modelo es muy elevado lo que provoca falta de transparencia en determinados supuestos de cálculo y erro-

[17] Las resoluciones de la CNMC sobre el CNSPU se encuentran en https://www.cnmc.es/sectores-que-regulamos/postal/resoluciones-de-verificacion-de-contabilidad-analitica-en-el-ambito-postal.

res de cálculo recurrentes. Por otro lado, existe una ausencia de información de respaldo sobre determinadas magnitudes utilizadas, así como una falta de actualización anual de datos estadísticos y escasa trazabilidad y conciliación con la contabilidad analítica de Correos en determinados puntos. El impacto de estas deficiencias no es únicamente teórico o metodológico, de hecho, la CNMC, a partir de la información disponible estimó, en el informe INF/DTSP/401/23, que varias incidencias suponen un incremento no justificado del coste neto (del presentado por Correos) del 14% en los ejercicios 2011 a 2020.

Por último, debe destacarse que la CNMC ha concluido que no es posible continuar la verificación del CNSPU desde el ejercicio 2021, ya que no se pueden aplicar los criterios metodológicos establecidos en el Plan de Prestación que se limitan temporalmente, en la propia norma, hasta el ejercicio 2020[18].

Fundamentos de la Nueva Metodología de Cálculo

La metodología de cálculo del CNSPU propuesta tiene por objetivo, con independencia de consideraciones sobre la situación financiera de Correos, reflejar el coste del SPU para un operador que opere, como indica la Directiva 2008/6/CE, en base a unas "prácticas comerciales normales", es decir, al comportamiento de un operador maximizador del beneficio.

De los enfoques de cálculo del coste neto existentes en la literatura y aplicados en la UE se opta por el enfoque *profitability cost* (Frontier Economics, 2012), también conocido a veces como *commercial approach* (ERGP, 2014), que permite definir un escenario contrafactual en el que se identifican aquellos servicios integrantes del SPU que un proveedor maximizador de beneficios y en ausencia de OSU dejaría de proveer o modificaría su prestación. Este proveedor obtendría una compensación que le permitiría alcanzar el mismo beneficio que si operase en el mercado postal en ausencia de OSU, por lo que el mecanismo tiene un efecto neutro sobre el operador, al no generar ni sobre- ni infrafinanciación.

Este modelo ofrece unas ventajas con respecto a la metodología del Plan de Prestación, como son una representación realista y coherente del comportamiento que tendría un operador postal en ausencia de OSU, simulando decisiones empresariales basadas en la rentabilidad y viabilidad del operador; una estimación equilibrada del coste, puesto que permite aplicar una gama de opciones entre reducir la calidad del servicio (por ejemplo, menor frecuencia de reparto) y cesar su prestación; un mejor incentivo a la eficiencia del operador y una implementación práctica libre de errores y de los problemas detectados en la metodología vigente.

Propuesta de Nueva Metodología de Cálculo

A continuación, se resume la metodología de cálculo propuesta por la CNMC en el mencionado acuerdo de la CNMC de diciembre de 2025. El primer elemento, y el de mayor relevancia, es el coste evitado neto (en adelante, CEN) de prestación del SPU, para cuyo cálculo resulta esencial la definición del escenario contrafactual en el que deben identificarse y valorarse,

[18] Mencionada Resolución de 18 de diciembre de 2025 (SU/DTSP/012/25).

tanto los servicios que el operador dejaría de prestar, como aquellos elementos de los servicios que modificaría (días de entrega, cobertura de red, etc.) Este planteamiento está adaptado al modelo de negocio de Correos y a la realidad del mercado postal en España.

El CEN se calcula en varias etapas que se describen a continuación. En primer lugar, se aplica una eliminación de los descuentos excesivos que distorsionan los ingresos de Correos, ya que el SPU no debe financiar los descuentos a los grandes clientes, los cuales forman parte de la política comercial del operador y no del ámbito de prestación de los servicios del SPU. En segundo lugar, se realiza un análisis inicial de rentabilidad de las oficinas de la red postal, con el fin de identificar aquellas oficinas o zonas no rentables sobre las que se calculará el CEN, partiendo del supuesto de que un operador económicamente racional actuaría sobre esas oficinas no rentables. Posteriormente, se aplica el escenario contrafactual, que consiste en la aplicación sucesiva de actuaciones: una reducción del 40% de la frecuencia de distribución, la eliminación de la actividad de admisión en las oficinas y, finalmente, en el cierre de las oficinas que continúan siendo no rentables.

Por último, al CEN se incorporan otros componentes previstos en la Directiva 2008/6/CE, encuadrados en la categoría de beneficios inmateriales, tales como la mejora de la reputación y de la imagen de marca, así como el efecto publicitario asociado a la prestación del SPU. Asimismo, se calcula un beneficio razonable que el operador designado tiene derecho a percibir, determinado como el coste de capital de la diferencia en el inmovilizado entre el escenario base y el contrafactual. Finalmente, la metodología incluye un ajuste por eficiencia, calculado en función de la evolución del coste de personal, que constituye el componente de mayor peso en la estructura de costes de los operadores postales.

8. Conclusiones

En las últimas décadas el sector postal ha sufrido un declive estructural de sus servicios tradicionales, por la sustitución de la carta por las comunicaciones electrónicas y el auge de la paquetería del comercio electrónico, acompañado de una profunda transformación del modelo de negocio de las empresas presentes en ese sector. Este contexto ha obligado a gobiernos y reguladores a reconsiderar el alcance del SPU y, especialmente, los mecanismos para su financiación en el tránsito, cada vez más complejo, de las cartas a las cuentas.

En este proceso surge una cuestión fundamental, que es doble: cuál debe ser el alcance del SPU y cuál debe ser la compensación a recibir por el prestador del mismo. Un resultado inadecuado por exceso puede favorecer al prestador de forma no equitativa y tensionar las cuentas públicas, y uno reducido puede comprometer la calidad del servicio y la viabilidad financiera del prestador. La respuesta a estas preguntas es compleja y tiene consecuencias económicas y regulatorias.

En el ámbito europeo los Estados miembros están afrontando esta encrucijada desde diferentes perspectivas, pero con un patrón común: la redefinición y acotación del SPU y el impulso de la diversificación de la actividad de los prestadores del SPU, a fin de reforzar su sostenibilidad financiera. En España, el legislador ha optado por la modificación del SPU y de la

metodología de cálculo del CNSPU, materializadas en la Ley 6/2025, que también diversifica y amplía los servicios regulados prestados por Correos, implicando todo ello un incremento de su financiación pública.

Adaptándose a este nuevo marco normativo y a las lecciones extraídas de la revisión previa del CNSPU, la CNMC ha propuesto una nueva metodología de cálculo que presenta las siguientes características: no se trata de un ejercicio teórico, sino de una aplicación directa del marco legal vigente; calcula el CNSPU de un operador que actúa conforme a "prácticas comerciales normales", como exige la Directiva 2008/6/CE; y corrige debilidades detectadas en la metodología de cálculo del CNSPU del Plan de Prestación.

Pese a las reformas emprendidas en la UE y España, persisten retos estructurales de gran calado. Los modelos de cálculo del CNSPU siguen apoyándose en volúmenes de correo físico cada vez más reducidos, mientras que la infraestructura tradicional del SPU muestra crecientes problemas de sostenibilidad, al no ajustarse los costes fijos a la caída de la demanda. Adaptar estos modelos a la digitalización y a la evolución del mercado resulta imprescindible para preservar la transparencia, la eficiencia y la sostenibilidad del SPU a largo plazo. Asimismo, es esencial salvaguardar la independencia técnica de las autoridades reguladoras, condición necesaria para garantizar una regulación eficiente y un funcionamiento competitivo del mercado.

Finalmente, más allá de casuísticas nacionales, urge una reflexión a nivel europeo. La regulación postal vigente hunde sus raíces en el Libro Verde de 1992, elaborado en un contexto radicalmente distinto al actual, en el que cada ciudadano europeo recibía una media anual de 260 cartas. Hoy, solo el 15% de la población de la UE emplea la correspondencia postal como medio de comunicación. Resulta, por tanto, ineludible una actualización del marco regulatorio europeo que identifique aquellos servicios postales que siguen siendo verdaderamente críticos y que deben garantizarse universalmente, distinguiéndolos de aquellos en los que la intervención pública podría limitarse a la protección de colectivos vulnerables.

Bibliografia

ANSÓN J., KHAN S., SOMASUNDRAM S. Postal development report: Postal journey towards a sustainable future. UPU (Universal Postal Union). 2022.

AIReF (Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal). Informe de evaluación de la Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, y la prestación del Servicio Postal Universal. 2019.

BLAGOJEVIĆ, M., RALEVIĆ P., ŠARAC, D. An integrated approach to analysing the cost efficiency of postal networks. Utilities Policy, Volume 62, 2020.

BOROWIEC, L. Direct subsidies and compensation funds in financing universal postal services. Entrepreneurship and sustainability issues, Volume 8 (3), p.545-564, 2021.

CE (Comisión Europea). Prospective Study on the Future of the Postal Sector: Final Report. Publications Office of the European Union. 2024.

CEP News: Postal Market, Week 41/25. Hamburg: MRU Beratungs- und Verlagsgesellschaft mbH. 2025.

COASE, R. H. Rowland Hill and the Penny Post. Economica, New Series, Vol. 6, No. 24, p. 423-435. 1939.

COPENHAGEN ECONOMICS. Main developments in the postal sector (2017-2021) Volume 1: Main report. European Commission. 2022.

CORREOS (Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S.A., S.M.E.). Plan Estratégico de Correos 2024-2028.

CREMER, H.; GRIMAUD, A.; LAFFONT, J. J. The cost of universal service in the postal sector. Current directions in postal reform. Topics in Regulatory Economics and Policy. Springer. Vol. 35, chapter 3, p. 47-68. 2000.

CREMER, H.; GASMI, F.; GRIMAUD, A.; LAFFONT, J.J. Universal service: an economic perspective. Annals of Public and Cooperative Economics, 72:1, p. 5-43. 2001.

CREMER, H.; DE DONDER, P.; BOLDRON, F.; JORAM, D.; ROY, B. Social costs and benefits of the universal service obligation in the postal market. Competition and Regulation in the Postal and Delivery Sector, chapter 2. Edward Elgar Publishing. 2007.

DUNN, P. PostNord to cease handling letters in Denmark. Cullen International Report (FLPODK20250001). 2025.

ERGP (The European Regulators Group for Postal Services). Net cost calculation and evaluation of a reference scenario. ERGP (11) 17 Rev 1. 2012.

ERGP (The European Regulators Group for Postal Services). Exploration of challenges to overcome when implementing a net cost calculation methodology based on a reference scenario - Benchmark of experiences. ERGP (14) 15. 2014.

ERGP (The European Regulators Group for Postal Services). Developments in the postal sector and implications for regulation. ERGP (18) 49. 2019.

ERGP (The European Regulators Group for Postal Services). ERGP Report on the future needs of the USO. ERGP PL I (23) 7. 2023.

ERGP (The European Regulators Group for Postal Services). Report on exploring the sustainability of the USO. ERGP PL I (23) 11. 2023.

ERGP (The European Regulators Group for Postal Services). ERGP report on the financing of the USO. ERGP (25) 13. 2025.

FALCH, M.; HENTEN, A. Universal service in a digital world: The demise of postal services. 22nd Biennial Conference of the International Telecommunications Society (ITS). 2018.

FRONTIER ECONOMICS. Study on the principles used to calculate the net costs of the postal USO. 2012.

GHALUMYAN, A. Lithuania Adopts New Postal Law to Ensure Sustainable Provision of the Postal Universal Service. Cullen International Report (FLPOLT20240002). 2024.

GHALUMYAN, A. Ofcom reforms the postal universal service obligation. Cullen International Report (FLPOGB20250004). 2025.

GOTTSCHALK, F., HAFNER, M., TRINKNER, U. Net costs of USP's service provision: Challenges for the coming decade. The economics of the postal and delivery sector. Topics in Regulatory Economics and Policy. Springer. 2022.

ITURRALDE, M.J.; QUIRÓS, C. Analysis of efficiency of the European postal sector. International Journal of Production Economics. Volume 114, Issue 1, p. 84-90. 2008.

JAAG, C. What is an unfair burden? Compensating the net cost of universal service provision. Review of Network Economics, vol. 10, p. 3. 2011.

JAAG, C. Postal-sector policy: From monopoly to regulated competition and beyond. Utilities Policy, vol. 31, p. 266-277. 2014.

JOHN, R. R. Postal systems: International encyclopedia of the social & behavioral sciences, vol. 18, p. 640-643. 2015.

LUFF, D. International regulation of postal services: UPU vs. WTO rules. The liberalization of postal services in the European Union. Kluwer Law International, p. 39-88. 2002.

MIRABEL, F.; POUDOU, J.-C. Mechanisms of funding for Universal Service Obligations: the electricity case. Energy Economics, Volume 26, Issue 5, p. 801-823. 2004.

OIG (Office of Inspector General, US Postal Service). A Comparative Study of International Postal Models. RISC REPORT (RISC-WP-25-001). 2025.

OXERA (Oxera Consulting). Funding universal service obligations in the postal sector. 2007.

PANZAR, J. A methodology for measuring the costs of universal service obligations. Information Economics and Policy 12:3, p. 211-220. 2000.

PATEIRO, C. El proceso y el modelo liberalizador del sector postal en la Unión Europea. Referencia al caso de España. ICE, Revista De Economía 1 (808). 2003.

PATEIRO, C; PRADO, J. Un análisis de la transformación del servicio universal y el ámbito reservado en las políticas de competencia del sector postal en la Unión Europea. Gest. polít. Pública. v. 19, n. 2, p. 187-237. 2010.

PIGOU, A. Economía del bienestar. Macmillan. 1920.

ROBINSON, H. The British Post Office: A History. Princeton University Press, 1948.

SAMAMBET, M.; KHOUANGVICHIT, C. Outsmarting the hurdles to digitalizing the postal sector: the case of Deutsche Post, Poste Italiane and Royal Mail. International Journal of Professional Business Review. Vol. 10, Nº. 3. 2025.

SENAY, C. Modernisation of the USO. Cullen International Report (CTPOEU20250026). 2025.

STIGLITZ, J. E. La información y el cambio en el paradigma de la ciencia económica. Revista Asturiana de Economía. Nº 25. Páginas 95-164. 2002.

UPU (Universal Postal Union). Guía de Reforma Postal. 2019.

UPU (Universal Postal Union). Constitution of the Universal Postal Union: Consolidated version amended in Abidjan. International Bureau of the Universal Postal Union. 2021.

UPU (Universal Postal Union). Postal Statistics 2023.

UPU (Universal Postal Union). State of the Postal Sector 2024, 150 years of the UPU and beyond. 2024.

UPU (Universal Postal Union). State of the Postal Sector 2025, Postal power reimagined: scale, service and survival. 2025.

VARIAN, H. R. Análisis Microeconómico. 3ª edición, Antoni Bosch. 1992.

VIDA FERNÁNDEZ, J.; El proceso de liberalización de los servicios postales en la Unión Europea. Boletín Económico ICE, (Serie histórica) 1 (2805), 2004.

VIVEROS ZUAZO, A. A. El riesgo moral y la regulación de la calidad de los servicios públicos. 2015

WIK (Wik Consult). Main developments in the postal sector (2010-2013). 2013.

Evolución reciente de la regulación y del regulador energético en España

Autores:

Gloria Mármol Acitores, Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados, Dirección de Energía - Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

Ismael Bahillo Santoyo, Subdirección de Regulación Económico-Financiera y Precios Regulados, Dirección de Energía - Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)

Resumen:

El presente artículo analiza la evolución reciente de la regulación energética en España, con especial atención a los cambios institucionales y normativos introducidos a partir de la aprobación del Real Decreto-ley 1/2019. Se examina el nuevo reparto competencial entre el Gobierno y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, así como el desarrollo de las principales circulares regulatorias en los sectores eléctrico y gasista. Asimismo, se valoran los efectos económicos y regulatorios del nuevo marco y los retos pendientes en un contexto marcado por la transición energética, la descarbonización y la necesidad de garantizar señales adecuadas de eficiencia y estabilidad regulatoria.

Palabras clave:

Regulación energética, CNMC, Real Decreto-ley 1/2019, reguladores sectoriales, circulares regulatorias, mercados energéticos, Unión Europea.

Códigos JEL:

Q4, Q48, L94, L95, D47

1. Introducción.

La regulación del sector energético ha experimentado en los últimos años una transformación profunda, impulsada por la necesidad de adaptar los marcos normativos a un contexto de transición energética, descarbonización, digitalización y empoderamiento del consumidor. En este proceso, los reguladores nacionales han asumido un papel cada vez más relevante, no sólo como garantes del correcto funcionamiento de los mercados, sino también como actores clave en la implementación de políticas energéticas europeas.

En España, el Real Decreto-ley 1/2019 (España, 2019) marcó un punto de inflexión al redefinir el reparto competencial entre el Gobierno y la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), otorgando a esta última nuevas funciones normativas. Esta reforma respondió a la necesidad de adecuar el marco español a las exigencias del derecho comunitario, que reclama reguladores independientes, técnicamente capacitados y dotados de competencias efectivas para supervisar y desarrollar los mercados energéticos (Parlamento Europeo y Consejo de la UE, 2009).

Este artículo examina la evolución reciente de la regulación energética en España desde la aprobación del Real Decreto-ley 1/2019, analizando el nuevo reparto competencial entre el Gobierno y la CNMC y el despliegue normativo llevado a cabo mediante la aprobación de circulares regulatorias. Sobre esta base, se aborda la consolidación institucional de la CNMC como regulador independiente, los principales impactos regulatorios y económicos derivados del nuevo marco y, finalmente, los desafíos pendientes y prioridades de la agenda regulatoria futura, en un contexto marcado por la creciente integración europea de los mercados energéticos y los objetivos de la transición energética.

2. Contexto histórico y normativo previo al Real Decreto-ley 1/2019

La regulación del sector energético en España experimentó su transformación más significativa a partir de la liberalización iniciada en la década de 1990, en consonancia con las primeras directivas comunitarias sobre el mercado interior de la electricidad (Parlamento Europeo y Consejo de la UE, 1997) y del gas natural (Parlamento Europeo y Consejo de la UE, 1998).

El punto de inflexión normativo lo constituyó la aprobación de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, *del Sector* Eléctrico (España, 1997), que transpuso en España la Directiva 96/92/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, abriendo la competencia en actividades como la generación y la comercialización eléctricas y promoviendo el acceso de terceros a las redes de transporte y distribución. De forma análoga, la liberalización en el ámbito del gas y los hidrocarburos quedó regulada por la Ley 34/1998, de 7 de octubre, *del Sector de Hidrocarburos* (España, 1998), que abrió el mercado gasista a la competencia en el aprovisionamiento y la comercialización, garantizando el acceso no discriminatorio a las infraestructuras gasistas. Este conjunto normativo marcó el inicio de una nueva etapa en la historia del sistema energético español, caracterizada por la apertura de los mercados, la competencia y la separación de actividades.

Para gestionar esta transición hacia un mercado liberalizado, se creó en 1995 la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional (CSEN), como primer ente regulador específico del sector eléctrico, con el objetivo de velar por la objetividad y transparencia del funcionamiento del sistema eléctrico y supervisar los inicios de la liberalización del sector (López Milla, 1999).

Sin embargo, la pronta ampliación del impulso liberalizador al sector de los hidrocarburos motivó una reconfiguración institucional. Así, hacia finales de la década, la CSEN dio paso a la Comisión Nacional de Energía (CNE), con un ámbito regulatorio más amplio que abarcaba la electricidad, el gas natural y los hidrocarburos líquidos (Serrano González, 2009). La creación de la CNE reflejó la convergencia hacia el modelo europeo de reguladores sectoriales especializados, dotados de independencia funcional frente al Gobierno.

Durante los años finales del siglo XX y la primera década del XXI, el marco legal definió las reglas del juego: la Ley 54/1997 y la Ley 34/1998 establecían las bases para la liberalización, mientras la CNE ejercía funciones de supervisión, análisis y asesoramiento regulatorio. No obstante, la definición de elementos clave del sistema, tales como las metodologías retributivas de las actividades reguladas, los peajes de acceso, las condiciones técnicas, el acceso a las infraestructuras o la planificación de la red, dependía esencialmente del Gobierno, que ejercía sus competencias a través de la aprobación de reales decretos y órdenes ministeriales. Este esquema institucional combinaba un regulador técnico con una fuerte intervención estatal, lo que reflejaba los retos de gestionar una liberalización ordenada manteniendo la seguridad de suministro, la estabilidad financiera del sistema y la protección de los consumidores.

A medida que avanzaba la integración del mercado interior de la energía, las instituciones europeas fueron reforzando el principio de independencia regulatoria y la necesidad de dotar a los reguladores nacionales de competencias efectivas para decidir sobre las cuestiones económicas y técnicas esenciales. Las llamadas *segundas directivas energéticas* (Parlamento Europeo y Consejo de la UE, 2003) profundizaron en la apertura de los mercados y en la separación efectiva de actividades, e impulsaron la cooperación transnacional entre autoridades reguladoras.

De forma paralela y en algunos casos incluso previa a este desarrollo normativo, se fueron configurando los principales foros europeos de coordinación regulatoria: el Consejo de Reguladores Europeos de Energía (CEER), creado en marzo de 2000 como plataforma voluntaria de intercambio entre reguladores nacionales, y posteriormente la Agencia para la Cooperación de los Reguladores de la Energía (ACER), creada formalmente en 2011 con el objetivo de asegurar la aplicación coherente de las normas comunes y favorecer el desarrollo de un mercado energético europeo integrado.

A nivel nacional, un hito institucional relevante se produjo en 2013 cuando la Ley 3/2013, de 4 de junio, creó la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) mediante la fusión de varios organismos reguladores sectoriales, incluida la CNE, y la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), pasando a integrarse la supervisión en un regulador multisectorial (España, 2013). Sin embargo, en sus inicios la CNMC seguía sin contar con competencias normativas directas sobre los elementos económicos esenciales de los sistemas eléctrico y

gasista, lo que limitaba su capacidad para definir el marco regulatorio de forma autónoma, manteniéndose muchos de los actos normativos bajo responsabilidad del Gobierno.

Este modelo institucional e instrumental no estaba alineado con las obligaciones derivadas del marco europeo integrado en el llamado Tercer Paquete Legislativo, constituido por las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE, junto con sus reglamentos asociados. Estas normas exigían la existencia de reguladores energéticos independientes, dotados de autonomía funcional y jurídica, recursos suficientes y capacidad real para fijar o aprobar las metodologías de peajes de acceso a las redes y las metodologías retributivas aplicables a las actividades reguladas, así como para definir las condiciones de acceso de terceros a las infraestructuras y supervisar el cumplimiento de la separación de actividades (*unbundling*).

Asimismo, imponían a los Estados miembros garantizar que las autoridades reguladoras dispusieran de competencias para supervisar el funcionamiento de los mercados mayoristas y minoristas de electricidad y gas, controlar el comportamiento de los agentes, detectar posibles restricciones de competencia, y actuar frente a prácticas abusivas o discriminatorias. A ello se añadía la necesidad de dotarlas de poderes efectivos de supervisión, investigación y sanción, capacidad para resolver conflictos entre agentes, proteger a los consumidores y cooperar activamente con ACER, con el fin de garantizar una aplicación coherente de las normas y favorecer un mercado interior de la energía integrado, competitivo y basado en reglas comunes (Parlamento Europeo y Consejo de la UE, 2009).

Ante esta situación, en el mes de enero de 2019 se aprobó el Real Decreto-ley 1/2019, una reforma destinada a redefinir el reparto competencial entre el Gobierno y la CNMC y dar cumplimiento efectivo a las obligaciones del derecho comunitario en materia de independencia y capacidades regulatorias (España, 2019). Este nuevo marco inauguró una etapa distinta en la gobernanza regulatoria energética, cuyo alcance se analiza en el apartado siguiente.

3. El Real Decreto-ley 1/2019: nuevas competencias y reparto regulatorio

El Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, *de medidas urgentes para adecuar las competencias de la CNMC a las exigencias del derecho comunitario* (España, 2019), supuso un punto de inflexión en la gobernanza regulatoria del sector energético español. Esta norma fue aprobada por el Gobierno y convalidada por el Congreso poco después, integrándose sus disposiciones en las leyes sectoriales de referencia. En concreto, el Real Decreto-ley 1/2019 modificó cuatro leyes principales: la Ley 3/2013, de 4 de junio, *de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, la Ley 34/1998, de 7 de octubre, *del sector de hidrocarburos,* la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, *del Sector Eléctrico,* y la Ley 18/2014, de 15 de octubre, *de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia*, la cual establecía ciertos parámetros retributivos temporales.

Las novedades introducidas por este Real Decreto-ley se pueden agrupar en dos aspectos: un mecanismo de cooperación institucional entre el Gobierno y el regulador, y nuevas competencias normativas y decisorias atribuidas a la CNMC en materias económicas clave. Ambos aspectos se desarrollan a continuación.

En primer lugar, para respetar el marco constitucional español, que reserva al Estado las bases del régimen energético (España, 1978), y al mismo tiempo dar cumplimiento al Tercer Paquete Legislativo, el Real Decreto-ley 1/2019 articuló un procedimiento que garantiza la independencia de la CNMC en la aprobación de sus circulares normativas, pudiendo el Gobierno emitir orientaciones de política energética mediante orden ministerial (Calancha, 2019). Dichas orientaciones recogen las prioridades estratégicas del país en materia energética (seguridad de suministro, sostenibilidad económica y ambiental, lucha contra el cambio climático, etc.), que el regulador debe tener en consideración al elaborar circulares normativas en materias clave.

El procedimiento articulado establece que, antes de aprobar una circular, la CNMC debe someterla a informe del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico sobre su adecuación a las orientaciones de política energética. Si surgieran discrepancias importantes, ambas partes deben intentar llegar a un acuerdo en una Comisión de Cooperación paritaria. Finalmente, si hay entendimiento, la circular indicará que se adopta "*de acuerdo con las orientaciones*" del Ministerio. Por el contrario, en caso de persistir el desacuerdo, la CNMC puede aprobar la circular indicando que actúa "*oído el Ministerio*", es decir, tras haber considerado sus comentarios, prevaleciendo así la posición del regulador (España, 2019). Por tanto, la CNMC conserva plena autonomía para tomar la decisión final. Este esquema innovador busca equilibrar la independencia regulatoria con la necesaria coordinación con el Gobierno en materia energética.

En segundo lugar, el Real Decreto-ley 1/2019 asigna al regulador funciones de carácter normativo y decisorio sobre prácticamente todos los aspectos económicos regulados de los sectores eléctrico y gasista, lo que constituye el verdadero núcleo de esta norma. Concretamente, a través de la modificación de las correspondientes leyes sectoriales, se establece que la CNMC tenga la competencia de aprobar, mediante circulares, las siguientes materias principales (España, 2019):

- **Metodologías de retribución de redes energéticas:** una de las modificaciones más significativas fue atribuir a la CNMC la potestad de determinar la metodología de cálculo, los parámetros retributivos (incluyendo la tasa de retribución financiera de las instalaciones con derecho a retribución a cargo del sistema, los valores unitarios de inversión y de operación y mantenimiento, y la vida útil regulatoria de las instalaciones), la base regulatoria de activos y la remuneración anual de las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, así como de las actividades de regasificación, transporte y distribución de gas natural (excluyendo los almacenamientos subterráneos).

  Adicionalmente, se otorgó a la CNMC la competencia de fijar la retribución reconocida al Operador del Sistema Eléctrico (Red Eléctrica de España) y al Gestor Técnico del Sistema Gasista (Enagás GTS), incluyendo el desarrollo de sus metodologías de cálculo.

  El Real Decreto-ley introdujo, no obstante, ciertos contrapesos. Por un lado, dispuso que la tasa de retribución financiera no podrá exceder del límite máximo que se establezca por ley para cada periodo regulatorio, si bien prevé que la CNMC pueda superarlo de forma excepcional, de manera motivada y previo informe del Ministerio, en casos debidamente justificados.

Por otro lado, se articuló un régimen transitorio conforme al cual las nuevas metodologías retributivas no resultarían de aplicación hasta el inicio del siguiente regulatorio completo, con el fin de asegurar una transición ordenada. En el ámbito eléctrico, dicho periodo abarca los años 2020-2025, mientras que en el sector gasista se extiende de 2021 a 2026.

- **Peajes de acceso a las redes:** el Real Decreto-ley fue claro en delimitar las competencias: la CNMC asume la potestad de aprobar la metodología de cálculo, la estructura y los valores de los peajes de acceso a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, así como a las infraestructuras de regasificación, transporte y redes locales de gas natural. Por su parte, corresponde al Ministerio definir la estructura, la metodología y los valores de los cargos de los sistemas eléctrico y gasista, así como los cánones de acceso a los almacenamientos subterráneos básicos de gas.

  Los peajes son los importes destinados a cubrir los costes propios de las actividades reguladas de red (infraestructuras y servicios técnicos necesarios para que la energía llegue a los consumidores). Por su parte, los cargos son los importes destinados a financiar costes de política energética, no asociados a las redes, tales como la retribución específica de renovables, cogeneración y residuos, los extracostes de los sistemas extrapeninsulares, y el déficit tarifario histórico, entre otros.

  Con este nuevo esquema, la factura final de acceso de los consumidores queda dividida entre peajes regulados por la CNMC y cargos fijados por el Gobierno, estableciéndose que ambos deben coordinarse para entrar en vigor simultáneamente.

- **Acceso y conexión a las redes:** se confiere a la CNMC la facultad de regular la metodología y las condiciones de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución, tanto eléctricas como gasistas. Esto incluye fijar mediante circular los criterios económicos para la conexión, los criterios de evaluación de la capacidad disponible, los motivos admisibles de denegación, el contenido de las solicitudes, permisos y contratos de acceso, así como las obligaciones de publicidad y transparencia de la información relevante.

  En términos prácticos, esto abarca, por ejemplo, la normativa para gestionar las solicitudes de acceso de nuevas centrales de generación renovable que quieran conectarse a la red eléctrica o de nuevos consumidores industriales que demanden acceso a un gasoducto, de forma que se garantice objetividad y no discriminación en la asignación de capacidad de red.

- **Reglas de funcionamiento de los mercados organizados:** otra competencia relevante asignada a la CNMC fue la de aprobar las reglas de funcionamiento de los mercados organizados de energía en aquellos aspectos que, conforme al derecho comunitario, corresponden al regulador nacional.

En el caso del mercado eléctrico mayorista, esto incluye la aprobación de normas sobre el funcionamiento del mercado diario e intradiario de producción, la gestión de desvíos, y los servicios de ajuste y operación del sistema, en coordinación con los códigos de red europeos.

En síntesis, el regulador diseña el marco operativo de los mercados energéticos, garantizando su correcto funcionamiento competitivo, mientras que el Gobierno conserva herramientas para situaciones excepcionales o de planificación estratégica.

- **Supervisión de planes de inversión, inspección y sanción:** el Real Decreto-ley 1/2019 añadió a la Ley 24/2013 la función de la CNMC de hacer seguimiento de los planes de inversión de Red Eléctrica de España y emitir un informe anual al Ministerio evaluando su adecuación al plan de desarrollo de la red a nivel comunitario. Asimismo, la CNMC debe enviar sus resultados de supervisión a ACER para contribuir a la planificación a nivel europeo.

  En materia de inspección y sanción, se ajustó la atribución de la potestad sancionadora para alinearla con el nuevo reparto competencial, permitiendo que la CNMC ejerza de forma efectiva sus funciones en las materias regulatorias que pasan a estar bajo su responsabilidad. En este sentido, se refuerza la capacidad del regulador para instruir y resolver procedimientos sancionadores relacionados con ámbitos como los peajes de acceso y su correcta aplicación, la obtención indebida de retribución regulada mediante la aportación de información incorrecta o distorsionada, el incumplimiento de las obligaciones técnicas de mantenimiento de las instalaciones eléctricas o gasistas, o las interrupciones injustificadas del suministro.

  Este ajuste del marco sancionador acerca el modelo español al estándar europeo, en el que los reguladores nacionales disponen de poderes efectivos para garantizar el cumplimiento de las reglas del mercado energético.

Como se ha señalado anteriormente, el Real Decreto-ley 1/2019 estableció un régimen transitorio para un traspaso ordenado de funciones. Específicamente, se dispuso que las nuevas metodologías de retribución y peajes aprobadas por la CNMC no se aplicarían antes del 1 de enero de 2020, respetándose así los periodos regulatorios en curso.

En definitiva, la reforma de 2019 asignó al regulador energético español la potestad normativa en materias clave como las retribuciones, los peajes de acceso, el régimen de acceso y conexión a las redes, determinadas reglas de mercado y la supervisión económica, dotando así a la CNMC de funciones equiparables a las que ya ejercían sus homólogos europeos. A su vez, el Gobierno retuvo competencias de carácter estratégico, tales como la definición de orientaciones de política energética, la fijación de límites de rentabilidad por ley, la determinación de los cargos del sistema y la regulación de la seguridad de suministro, manteniendo la tutela última de la política energética global. Este nuevo reparto competencial abrió paso a una intensa actividad regulatoria por parte de la CNMC en los años siguientes, materializada en la aprobación de numerosas circulares que han dado forma al marco regulatorio energético vigente.

4. Las circulares regulatorias: instrumento clave del nuevo modelo

Tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 1/2019, la CNMC puso en marcha un intenso plan de trabajo regulatorio para ejercer las nuevas competencias que le habían sido atribuidas. En los meses posteriores a la reforma, la Comisión sometió a consulta pública un amplio

conjunto de proyectos de circulares que abarcaban las principales materias económicas y técnicas de los sectores eléctrico y gasista. Durante la segunda mitad de 2019 y a lo largo de 2020 y 2021, la CNMC aprobó la mayor parte de estas circulares, configurando el armazón normativo que articula actualmente el funcionamiento de ambos sistemas.

Las circulares constituyen disposiciones de carácter general cuyo contenido es vinculante para los sujetos regulados. Su finalidad es desarrollar metodologías, criterios técnicos y reglas económicas en el ámbito de las competencias atribuidas al regulador. Desde el punto de vista jurídico, se trata de normas reglamentarias dictadas por un organismo independiente, sujetas a control de legalidad y a un procedimiento específico de elaboración.

Dicho procedimiento se articula, con carácter general, a través de la aprobación inicial del proyecto de circular por el Consejo de la CNMC, la apertura de una consulta pública dirigida a los agentes y partes interesadas, la solicitud de informe al Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico sobre su adecuación a las orientaciones de política energética, la emisión de un dictamen preceptivo del Consejo de Estado, y finalmente, la aprobación definitiva y publicación de la circular en el Boletín Oficial del Estado.

En determinados casos, antes de la aprobación inicial del proyecto de circular, la CNMC realiza consultas públicas preliminares, con el fin de recabar información técnica y económica de los agentes y contrastar alternativas regulatorias antes de definir la propuesta normativa. Adicionalmente, la CNMC publica una previsión anual de las circulares de carácter normativo en materia de energía cuya tramitación se prevé iniciar, lo que contribuye a mejorar la planificación regulatoria, la transparencia del proceso y la participación de los agentes.

A continuación, se analizan las principales circulares aprobadas por la CNMC, agrupadas por áreas de actuación, que conforman el núcleo del nuevo marco regulatorio establecido tras el Real Decreto-ley 1/2019.

Metodologías de retribución

Una de las áreas en las que la CNMC concentró su actividad normativa fue la definición de las metodologías de cálculo de la retribución de las actividades reguladas de red: transporte y distribución de energía eléctrica, y regasificación, transporte y distribución de gas natural.

En noviembre de 2019 la CNMC aprobó la Circular 2/2019, que estableció la metodología de cálculo de la tasa de retribución financiera aplicable a dichas actividades (CNMC, 2019). Esta circular define la rentabilidad razonable de las actividades reguladas de redes mediante la utilización del Coste Medio Ponderado de Capital (*Weighted Average Cost of Capital*, WACC) como referencia metodológica. El WACC, ampliamente utilizado por los reguladores energéticos europeos, se calcula a partir del coste de los recursos propios y ajenos de las empresas, ponderados según su estructura financiera.

De acuerdo con esta metodología, la CNMC fijó la tasa de retribución financiera antes de impuestos para las actividades eléctricas de transporte y distribución en el 5,58% anual para el periodo regulatorio 2020-2025. En el sector gasista, la tasa resultante fue del 5,44% para transporte y regasificación, y del 5,83% para distribución, aplicables al periodo 2021-2026.

Estas tasas sustituyeron al esquema anterior, basado en la aplicación de un diferencial fijo sobre la rentabilidad del bono del Estado español a diez años.

Con posterioridad, la CNMC aprobó las circulares que desarrollan las metodologías de cálculo de la retribución de las actividades de redes. En el ámbito eléctrico, se aprobaron la Circular 5/2019, relativa a la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica, y la Circular 6/2019, relativa a la retribución de la actividad de distribución eléctrica. Asimismo, para la actividad de transporte de energía eléctrica se aprobó la Circular 7/2019, por la que se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado que se emplean en el cálculo de la retribución de las instalaciones de transporte.

En el sector gasista, se aprobaron la Circular 9/2019, sobre la retribución de las instalaciones de transporte de gas natural y de las plantas de GNL, y la Circular 4/2020, sobre la retribución de la distribución de gas natural. Adicionalmente, la Circular 8/2020 estableció los valores unitarios de referencia de inversión y de operación y mantenimiento aplicables al periodo regulatorio 2021-2026, así como los requisitos mínimos para las auditorías de inversiones y costes en las instalaciones de transporte de gas natural y plantas de GNL (CNMC, 2019; CNMC, 2020).

Las circulares que desarrollan las metodologías de cálculo de la retribución de las actividades de redes incluyen también mecanismos de incentivos para mejorar la calidad del suministro eléctrico, reducir pérdidas en redes y optimizar costes (Serrano, 2019). Asimismo, incluyen un incentivo económico denominado principio de prudencia financiera, en función del grado de endeudamiento de las empresas que desarrollan dichas actividades.

Estas nuevas metodologías retributivas se basan en los principios de objetividad, transparencia y eficiencia recogidos en las leyes sectoriales. En términos generales, y salvo para la distribución de gas cuya retribución se basa en un modelo por actividad y no por activos, la retribución reconocida a las empresas reguladas se estructura en tres componentes: (i) una retribución por inversión, calculada aplicando la tasa de retribución financiera correspondiente sobre el valor neto de los activos reconocidos; (ii) una retribución por operación y mantenimiento (O&M), usualmente determinada mediante valores unitarios de referencia por tipo de activo; y (iii), en su caso, incentivos o ajustes asociados a indicadores técnicos, como la continuidad de suministro o las pérdidas de red. Por ejemplo, la Circular 6/2019 incorpora un mecanismo de incentivo o penalización anual vinculado a los indicadores de continuidad de suministro en distribución eléctrica (CNMC, 2019).

Un elemento específico de las metodologías eléctricas es el tratamiento de los activos cuya vida útil regulatoria ha finalizado. Las circulares establecen que, una vez superada dicha vida útil, la retribución por inversión asociada al activo pasa a ser nula a efectos regulatorios. No obstante, para incentivar que las empresas prolonguen la vida de los equipos en servicio si es eficiente hacerlo, se prevé una retribución por extensión de vida útil para activos que continúen operativos tras el fin de su vida regulatoria, calculada como un por-

centaje del coste de operación y mantenimiento de dichos activos, conforme a los criterios definidos en la metodología.

Asimismo, las metodologías retributivas contemplan la posibilidad de reconocer determinadas inversiones singulares o proyecto piloto que aporten beneficio al sistema, previa evaluación específica. En particular, la Circular 6/2019 prevé que la CNMC pueda autorizar, con carácter excepcional y tras una evaluación coste-beneficio, la inclusión en la retribución de proyectos piloto en la actividad de distribución eléctrica, siempre que cuenten con informe favorable de la Dirección General de Política Energética y Minas. Esto permite retribuir, con carácter excepcional, proyectos innovadores en redes inteligentes o almacenamiento en la red de distribución, entre otros.

Cabe destacar que a finales de 2025 la CNMC aprobó la Circular 7/2025, que modifica la Circular 5/2019 por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica; y se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de inversión y de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado que se emplearán en el cálculo de dicha retribución para el periodo 2026-2031. Posteriormente, la CNMC aprobó la Circular 8/2025 por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica para el periodo 2026-2031, y la Circular 9/2025 por la que se modifica la metodología aprobada en la Circular 2/2019, y se establece la tasa de retribución financiera aplicable a las actividades de transporte, operación del sistema y distribución de energía eléctrica en el periodo regulatorio 2026-2031 en un 6,58%.

Por otra parte, la CNMC también ha intervenido en la regulación de la retribución de los operadores del sistema:

- En el ámbito eléctrico, la Circular 4/2019, de 27 de noviembre, fijó la metodología de retribución del operador del sistema eléctrico (Red Eléctrica de España, en su función de Operador del Sistema Independiente), posteriormente modificada mediante la Circular 1/2023, de 7 de febrero (CNMC, 2019; CNMC, 2023).
- Análogamente, en el sector gasista, la Circular 1/2020 estableció la metodología de retribución del gestor técnico del sistema gasista (Enagás GTS), que fue objeto de modificación mediante la Circular 2/2023. Adicionalmente, la Circular 6/2021 desarrolló el esquema de incentivos del gestor técnico del sistema y su afección a la retribución, posteriormente revisada por la Circular 3/2025 (CNMC, 2020; CNMC, 2021; CNMC, 2023; CNMC, 2025).

En general, las metodologías que se introducen en dichas circulares vinculan la retribución a costes acreditados, incluyendo incentivos por desempeño (por ejemplo, incentivos por resolución de restricciones técnicas en electricidad, o de eficiencia en la gestión de situaciones de congestión en el sector gasista).

Finalmente, la Circular 10/2021, de 20 de diciembre, establece por primera vez la metodología retributiva aplicable al operador del mercado eléctrico (OMIE) para aquellas funciones que la normativa europea atribuye directamente al regulador nacional (CNMC, 2021).

Peajes de acceso a las redes eléctricas y gasistas

Otro ámbito central del despliegue regulatorio tras el Real Decreto-ley 1/2019 ha sido la definición de la metodología de los peajes de acceso a las redes eléctricas y gasistas. Como se ha indicado anteriormente, la reforma encomendó a la CNMC la tarea de establecer la estructura, metodología y valores de los peajes de acceso, diferenciándolos de los cargos del sistema, cuya definición corresponde al Gobierno.

En el sector eléctrico, la CNMC aprobó la Circular 3/2020[1], de 15 de enero, por la que se establece la metodología para el cálculo de los peajes de transporte y distribución de electricidad (CNMC, 2020). Esta Circular define un nuevo esquema tarifario de acceso, basado en peajes por nivel de tensión, con un número fijo de periodos horarios para los términos de potencia y energía. En particular, se introdujo una estructura común de peajes para los consumidores conectados en baja tensión con potencia contratada igual o inferior a 15 kW, identificada como peaje 2.0TD, con tres periodos horarios para la energía (punta, llano y valle) y dos para la potencia (punta y valle) (MITECO, 2025). Bajo el esquema de peajes anterior, los consumidores podían elegir entre peajes sin discriminación horaria, con discriminación horaria en dos periodos en el término de energía (tarifa nocturna) o en tres periodos (tarifa supervalle) (CNMC, 2020).

Asimismo, se produjo una simplificación tarifaria en la media tensión: los peajes aplicables a suministros conectados a redes con tensión superior a 1 kV e inferior a 30 kV se unificaron, sustituyéndose los peajes 3.1A y 6.1 existentes hasta entonces por un único peaje, el peaje 6.1TD (CNMC, 2020).

La metodología de la Circular 3/2020 establece cómo repartir los costes de las redes de forma objetiva, transparente y no discriminatoria, siguiendo criterios de causación de costes. En esencia, los peajes resultantes se calculan en función de factores clave que inducen el coste en redes: la demanda en punta de cada usuario (por ello se introducen términos de potencia diferenciados) y su consumo en los distintos periodos horarios (términos de energía). Los distintos grupos tarifarios contribuyen según el uso relativo que hacen de la red en momentos de carga máxima (CNMC, 2020). Asimismo, se definen peajes específicos para determinados usos, como la recarga de vehículos eléctricos de acceso público, de acuerdo con los parámetros recogidos en la propia circular.

Aunque la Circular 3/2020 fue aprobada en el mes de enero de 2020, su aplicación efectiva quedó condicionada a la aprobación por parte del Gobierno de la metodología de cargos del sistema eléctrico. Ésta se estableció posteriormente mediante el Real Decreto 148/2021, de 9 de marzo (España, 2021), entrando en vigor conjuntamente ambos componentes (peajes y cargos) el 1 de junio de 2021.

Desde ese momento, el precio final de acceso que pagan los consumidores se compone de la suma de un término de peajes, fijado por la CNMC, y un término de cargos, fijado por el Mi-

[1] Revisada por la Circular 1/2025, de 28 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se modifica la Circular 3/2020, de 15 de enero, por la que se establece la metodología para el cálculo de los peajes de transporte y distribución de electricidad.

nisterio. Con el fin de facilitar la comprensión, el Real Decreto 148/2021 estableció que la estructura de los cargos replicaría la estructura de los peajes en cuanto a segmentos tarifarios y periodos horarios (MITECO, 2025). Desde entonces, las comercializadoras deben desglosar en sus facturas la cuantía correspondiente a los peajes y a los cargos, dando cumplimiento a la transparencia exigida en el artículo 16 de la Ley del Sector Eléctrico.

En el sector gasista, el proceso y los principios metodológicos fueron similares. La CNMC aprobó la Circular 6/2020, de 22 de julio, por la que se establece la metodología para el cálculo de los peajes de transporte, redes locales y regasificación de gas natural (CNMC, 2020). Esta circular unifica en un único marco metodológico los peajes de acceso a las principales infraestructuras del sistema gasista, sustituyendo al sistema anterior de peajes y cánones gasistas, establecido mediante diversas órdenes ministeriales dictadas al amparo del Real Decreto 949/2001. La nueva metodología de peajes gasistas cumple con el Reglamento (UE) 2017/460, relativo a la armonización de las estructuras tarifarias de transporte de gas, y define un sistema de asignación de costes basado principalmente en la capacidad contratada (potencia), complementado con términos asociados al consumo (energía). Es relevante destacar que, aunque no existe un reglamento europeo similar en el sector eléctrico, la CNMC toma en consideración los principios europeos para ambas circulares.

Aunque en el sistema gasista la mayoría de los costes regulados son de redes, el Ministerio conserva, al igual que en el caso eléctrico, la facultad de establecer cánones o cargos para aquellos servicios no directamente cubiertos por peajes. A partir de octubre de 2021 entró en vigor la nueva estructura de peajes de gas, la cual ha supuesto cambios moderados en la factura de acceso de los consumidores de gas, con algunos reequilibrios entre los términos fijos y variables y destacando, principalmente, la supresión de los peajes por nivel de presión.

Acceso y conexión de nuevas instalaciones

La integración masiva de energías renovables en el sistema eléctrico español y el auge de nuevas solicitudes de conexión a la red hicieron crítico modernizar el régimen de acceso y conexión. En base a las competencias definidas en 2019, y una vez el Gobierno aprobó el Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, que regula los procedimientos administrativos para la solicitud y el otorgamiento de permisos de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, estableciendo plazos, garantías económicas y criterios de gestión de las solicitudes (España, 2020), la CNMC publicó la Circular 1/2021, por la que se establecen la metodología y las condiciones del acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de las instalaciones de producción de energía eléctrica (CNMC, 2021). Esta circular desarrolla los criterios económicos y técnicos aplicables a la conexión de nuevas instalaciones de generación, en su mayoría renovables, a las redes, así como las obligaciones de información y transparencia de los gestores de red.

Entre los puntos clave de la Circular 1/2021 se incluyen los siguientes:

- **Criterios de capacidad y solvencia técnica:** se definen métodos para evaluar la capacidad disponible en las redes antes de otorgar un punto de acceso, de manera homogénea en todo el territorio. También se establecen motivos objetivos de denegación de acceso

(como, por ejemplo, falta de capacidad o impactos inasumibles en la seguridad del suministro) que el gestor de red debe justificar.

- **Criterios económicos de prelación:** la circular evita subastas económicas por capacidad y mantiene el principio temporal (*first come, first served* modulado con requisitos), pero incorpora la exigencia de garantías económicas progresivas para solicitar permisos, tal y como ya preveía el Real Decreto-ley 23/2020. Si bien esto último se reguló más detalladamente en el Real Decreto 1183/2020, la circular de la CNMC lo complementa estableciendo que, en igualdad de condiciones, las solicitudes se atienden por orden de registro, pero están sujetas al cumplimiento de los hitos temporales previstos por el Real Decreto-ley 23/2020.

- **Transparencia y publicidad:** se obliga a los gestores de red a publicar de forma accesible y actualizada en sus portales web mapas de capacidad de las redes, con información sobre puntos disponibles, capacidad libre o comprometida, criterios de conexión, etc., lo que responde a la necesidad de mayor transparencia que demandaba el sector. También se normalizan los procedimientos y modelos de solicitud para que cualquier promotor sepa qué información presentar y reciba respuesta motivada.

- **Contratos de acceso estandarizados:** la circular propone modelos de acuerdo de acceso y conexión que las partes (productor y empresa distribuidora o transportista) suscribirán al otorgarse el permiso, con derechos y obligaciones claros (plazos de conexión, potencia autorizada, posibles refuerzos y quién los costea según normativa, etc.).

En síntesis, el nuevo marco de acceso combina la normativa de la CNMC (metodología y criterios) con la normativa gubernamental (Real Decreto 1183/2020), que regula el procedimiento administrativo de tramitación de los permisos de acceso y conexión, incluyendo plazos, garantías económicas y causas de caducidad.

Si bien este régimen se había orientado tradicionalmente a las instalaciones de generación, cabe destacar que la CNMC ha ampliado posteriormente este enfoque mediante la aprobación de la Circular 1/2024, por la que se establece la metodología y condiciones del acceso y de la conexión a las redes de transporte y distribución de las instalaciones de demanda de energía eléctrica. En ella se define el régimen aplicable a los sujetos obligados a solicitar permisos de acceso y conexión para demandar energía eléctrica de la red, de forma coherente con lo establecido en el Real Decreto 1183/2020.

La norma introduce criterios orientados a reforzar la seguridad del sistema y la calidad del servicio, así como a promover un uso más eficiente de las redes existentes. En particular, prevé la posibilidad de solicitar modalidades de acceso flexible para determinadas instalaciones de demanda, lo que facilita una mayor utilización de la capacidad disponible y permite avanzar en la electrificación de la demanda, incluso en nodos con restricciones de capacidad.

En el sector gasista, la Comisión aprobó la Circular 8/2019, posteriormente actualizada[2], que establece la metodología y condiciones de acceso y asignación de capacidad en el sistema gasista (CNMC, 2019). Esta circular regula la asignación de capacidad en gasoductos, plantas de GNL y otras infraestructuras, de conformidad con el Código de Red de Asignación de Capacidad (Reglamento (UE) 2017/459). Adicionalmente, cabe destacar que estableció un nuevo sistema de gestión conjunta de la capacidad de regasificación y almacenamiento de las plantas de GNL, con el objetivo de simplificar la logística y favorecer el intercambio de GNL entre agentes con independencia de la planta en la que se haya descargado el gas. Además, la circular incluye el tratamiento de congestiones y medidas antiacaparamiento. Posteriormente, esta circular se actualizó con la Circular 2/2025, incorporando las necesidades de los nuevos gases renovables para establecer el marco de acceso y conexión de estos nuevos vectores energéticos.

Reglas de mercado y operación del sistema

Como parte de sus nuevas competencias, la CNMC también abordó la regulación de ciertos aspectos del funcionamiento de los mercados energéticos. En el ámbito eléctrico, aprobó la Circular 3/2019, relativa a las metodologías que regulan el funcionamiento del mercado mayorista de electricidad y la gestión de la operación del sistema (CNMC, 2019).

Esta norma básicamente adapta las reglas de los mercados diario e intradiario de electricidad y determinados aspectos de la operación del sistema a lo dispuesto en el Reglamento (UE) 2019/943, clarificando la distribución de responsabilidades entre el operador del sistema y los participantes en el mercado.

Asimismo, la CNMC asumió la aprobación de procedimientos de Operación del sistema eléctrico (antes emitidas por Red Eléctrica de España con el visto bueno del Ministerio), que establecen los procedimientos técnicos necesarios para garantizar la seguridad y la continuidad del suministro, la resolución de restricciones técnicas, o la activación de reservas de potencia, entre otros.

Balance de gas

En lo que respecta al gas natural, la CNMC aprobó la Circular 2/2020 de normas de balance (CNMC, 2020), que derogó la anterior Circular 2/2015, regulando los mecanismos de equilibrio del sistema, los servicios de balance y las penalizaciones por desvíos, de conformidad con el Reglamento (UE) 312/2014. En ella se fijan, asimismo, los mecanismos de mercado para adquirir gas de balance por parte del Gestor Técnico del Sistema (mediante subastas de compraventa de gas de ajuste en MIBGAS), y las tarifas por desbalance que se aplican a los agentes que incumplen el equilibrio.

[2] La Circular 8/2019, de 12 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *por la que se establece la metodología y condiciones de acceso y asignación de capacidad en el sistema de gas natural*, fue derogada por la Circular 2/2025, de 9 de abril, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *por la que se establece la metodología y condiciones de acceso y asignación de capacidad en el sistema de gas natural*.

En conjunto, las circulares aprobadas desde 2019 desarrollan las principales habilitaciones regulatorias previstas en el Real Decreto-ley 1/2019, estableciendo metodologías y reglas comunes en retribución, peajes, acceso y funcionamiento de determinados ámbitos de mercado. Sobre esta base normativa, se aborda en los apartados siguientes la evolución institucional del regulador y los efectos regulatorios y económicos asociados a su aplicación.

5. La consolidación de la CNMC como regulador independiente tras la reforma de 2019

La entrada en vigor del nuevo marco competencial y el desarrollo de las circulares regulatorias situaron a la CNMC en una posición sustancialmente distinta dentro del sistema energético español. Hasta la reforma de 2019, la autoridad reguladora ejercía funciones relevantes de supervisión, análisis y asesoramiento, pero carecía de potestades normativas directas sobre los elementos económicos esenciales de los sectores eléctrico y gasista. Este déficit competencial había sido objeto de observación crítica desde el ámbito comunitario y constituía una singularidad respecto a otros reguladores europeos.

La reforma introducida por el Real Decreto-ley 1/2019 corrigió parcialmente esta situación, permitiendo que la CNMC pasara a ejercer plenamente las funciones propias de una autoridad regulatoria nacional en los términos definidos por el Derecho de la Unión. A partir de entonces, la Comisión asumió competencias normativas efectivas en las áreas principales de los sectores eléctrico y gasista, conservando el Gobierno sus atribuciones estratégicas en materia de política energética.

Este nuevo reparto competencial ha permitido consolidar a la CNMC como un regulador independiente de pleno derecho, equiparable a sus homólogos europeos (ACER, 2020). La independencia funcional del regulador se manifiesta no sólo en la atribución formal de competencias, sino también en la capacidad real para adoptar decisiones normativas finales dentro de un procedimiento reglado, transparente y sujeto a control jurídico.

La consolidación institucional del regulador se refleja en varios ámbitos. En primer lugar, la CNMC aprueba las metodologías retributivas de las empresas de redes eléctricas y gasistas, determinando parámetros retributivos e incentivos al desempeño conforme a criterios de eficiencia (CNMC, 2019). En segundo lugar, supervisa el funcionamiento de los mercados mayoristas y minoristas, velando por la integridad y transparencia exigidas por el Reglamento REMIT (Parlamento Europeo y Consejo de la UE, 2011). En tercer lugar, el procedimiento formal de aprobación de circulares (calendario de circulares normativas previstas, consulta pública, informe del Ministerio, dictamen del Consejo de Estado y decisión del Consejo de la CNMC) ha reforzado la transparencia y la calidad técnica de la regulación (Consejo de Estado, 2019).

Este avance institucional ha sido valorado positivamente por organismos europeos como ACER, que ha destacado el progreso de España en la adecuación de su marco regulatorio a los estándares del Tercer Paquete Energético (ACER, 2020). En suma, la reforma de 2019 ha permitido cristalizar un modelo en el que la CNMC ejerce un liderazgo regulatorio efectivo, con un grado de independencia y capacidad técnica alineado con las mejores prácticas europeas. Este fortalecimiento institucional ha tenido, además, efectos significativos sobre

la estructura económica y operativa de los sectores regulados, cuyo alcance se examina a continuación.

En el corto plazo, el próximo hito relevante dentro del ámbito competencial de la CNMC consiste en la transposición de Directivas que asignen al regulador funciones relevantes relacionadas con la inversión en redes eléctricas o el desarrollo del hidrógeno.

6. Impactos regulatorios y económicos del nuevo marco normativo

La puesta en marcha del nuevo marco competencial derivado del Real Decreto-ley 1/2019 ha generado efectos regulatorios y económicos de amplio alcance en los sectores eléctrico y gasista. La aprobación de las circulares a partir de 2019 no sólo redefinió las reglas de funcionamiento de los mercados y de las actividades reguladas, sino que introdujo mecanismos de eficiencia, transparencia y regulación económica que han modificado de forma sustancial la dinámica de los agentes y la estructura de costes del sistema.

Uno de los impactos más relevantes se ha producido en el ámbito de las metodologías retributivas de las actividades reguladas de redes y de los operadores del sistema. La utilización del coste medio ponderado del capital (WACC) como criterio objetivo para determinar la tasa de retribución financiera supuso un cambio estructural respecto al marco anterior y un avance hacia un enfoque alineado con las prácticas regulatorias europeas (CNMC, 2019). Esta metodología permite vincular la retribución financiera al perfil de riesgo efectivo de las actividades reguladas, de acuerdo con criterios estándar de la regulación económica. A ello se añadieron incentivos vinculados a la calidad del suministro, la reducción de pérdidas y la gestión eficiente de activos, que orientan la actuación de las empresas hacia mejoras medibles en el desempeño técnico (CNMC, 2019; CNMC, 2020).

Asimismo, el nuevo marco ha reforzado el uso sistemático de información regulatoria de costes[3] y de análisis económico-financieros en la determinación de la retribución de las actividades reguladas. La utilización de datos contrastados sobre costes, inversiones y estructura financiera de las empresas ha contribuido a una mayor objetivación de las decisiones regulatorias y a una reducción de la discrecionalidad, alineando la retribución con variables económicas verificables y comparables entre operadores.

Otro efecto significativo se observa en el diseño de peajes de acceso a las redes eléctricas y gasistas, que ha tenido un impacto relevante en la transparencia tarifaria y en las señales de precio dirigidas a los consumidores. La separación conceptual entre peajes regulados por la CNMC y cargos fijados por el Gobierno ha clarificado los componentes de la factura de acceso, reforzando el principio europeo de que las tarifas de red deben reflejar exclusivamente los costes asociados al uso de las infraestructuras (ACER, 2020). En el sector eléctrico, la implantación generalizada de estructuras tarifarias horarias en los peajes refuerza las señales

[3] A este respecto, cabe destacar la Circular 1/2015, de 22 de julio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, *de desarrollo de la información regulatoria de costes relativa a las actividades reguladas de transporte, regasificación, almacenamiento y gestión técnica del sistema de gas natural, así como transporte y operación del sistema de electricidad*.

temporales de precio dirigidas al consumidor, incentivando una respuesta más eficiente de la demanda, en línea con los principios de eficiencia energética y participación activa recogidos en la Directiva (UE) 2019/944 y el Reglamento (UE) 2019/943. Asimismo, la creación de peajes específicos para determinados usos, tales como los peajes reducidos para recarga de vehículo eléctrico de acceso público, ha contribuido a incentivar el despliegue de infraestructura de recarga y la movilidad eléctrica. En el sector gasista, la nueva metodología se ha ceñido al estándar europeo definido en el Reglamento (UE) 2017/460, reforzando la coherencia con el mercado interior de gas natural (CNMC, 2020).

En el ámbito del acceso y conexión a las redes eléctricas, el nuevo marco ha permitido gestionar de manera más ordenada y transparente un volumen muy elevado de solicitudes, especialmente en un contexto de expansión acelerada de la generación renovable (España, 2020; CNMC, 2021). La definición de criterios objetivos, la estandarización de procedimientos y la obligación de publicar información sobre capacidad disponible han reducido la discrecionalidad y mejorado la seguridad jurídica para los promotores, contribuyendo a evitar situaciones de bloqueo en la tramitación. Adicionalmente, la CNMC supervisa estrechamente este proceso, emitiendo informes sobre denegaciones de acceso, monitorizando los datos de capacidad disponible, y tramitando expedientes de conflictos de acceso entre promotores y empresas eléctricas.

Asimismo, el refuerzo de las competencias de la Comisión ha tenido efectos visibles en la supervisión del funcionamiento de los mercados energéticos. La ampliación de las facultades de la CNMC en materia de reglas operativas, mercado mayorista y supervisión de conductas ha reforzado los estándares de integridad y transparencia. La aplicación del Reglamento REMIT se ha intensificado, con un incremento en las actuaciones de investigación y sanción por posibles episodios de manipulación de mercado o uso de información privilegiada, en línea con las mejores prácticas europeas (Parlamento Europeo y Consejo de la UE, 2011; CNMC, 2023). Este refuerzo de la vigilancia ha contribuido a mejorar la capacidad de detección y disuasión de conductas contrarias a la integridad del mercado.

Desde el punto de vista institucional, las circulares aprobadas desde 2019 han contribuido a consolidar un modelo regulatorio más estable, predecible y técnicamente robusto. La combinación de la independencia funcional de la CNMC, la existencia de procedimientos reglados de consulta pública, la intervención del Consejo de Estado y la exigencia de una motivación técnica y económica de las decisiones regulatorias ha permitido alcanzar un elevado nivel de calidad normativa en el sector energético español (Consejo de Estado, 2019; Jover, 2020). Esta estabilidad regulatoria ha sido un factor relevante para inversores nacionales e internacionales, especialmente en un periodo marcado por un fuerte incremento de la inversión en energías renovables y redes eléctricas.

En definitiva, los impactos regulatorios y económicos derivados del nuevo marco introducido a partir de 2019 pueden resumirse en tres dimensiones principales:

- una mayor eficiencia y rigor regulatorio, gracias a metodologías objetivas, parámetros transparentes y la introducción de incentivos al desempeño, alineados con las mejores prácticas regulatorias europeas;

- una mejora sustancial en la transparencia y coherencia, con señales orientadas al uso eficiente de las redes; y
- un refuerzo de la seguridad jurídica y la integridad de los mercados, que sitúa el modelo español en convergencia con los estándares comunitarios y fortalece su credibilidad frente a los agentes económicos.

Estos efectos han configurado un entorno regulatorio más sólido y han sentado las bases para abordar con mayores garantías los desafíos derivados de la transición energética.

7. Desafíos pendientes y prioridades de la agenda regulatoria futura

A pesar de los avances logrados tras la reforma de 2019, la regulación energética española se enfrenta a una agenda de transformación profunda, impulsada por los objetivos de descarbonización, electrificación, digitalización e integración de mercados definidos por la Unión Europea en el marco del Pacto Verde Europeo, el Paquete de Energía Limpia y las posteriores propuestas para el desarrollo de un mercado interior del hidrógeno y los gases descarbonizados (Comisión Europea, 2020; Parlamento Europeo y Consejo de la UE, 2024).

En este contexto, el marco regulatorio deberá seguir evolucionando para atender nuevos retos tecnológicos, económicos e institucionales que determinarán la configuración futura del sistema energético.

Un primer eje estratégico es la adaptación del marco económico y técnico a un sistema con creciente penetración renovable, nueva demanda y nuevas necesidades de capacidad crecientes en las redes, mayor participación de recursos energéticos distribuidos y presencia de nuevas figuras como agregadores independientes, comunidades energéticas, autoconsumo colectivo, instalaciones híbridas o almacenamiento a gran escala. La Directiva (UE) 2019/944 y el Reglamento (UE) 2019/943 establecen que estos agentes deben poder participar en todos los mercados, incluidos los de balance, lo que exigirá revisar las reglas de acceso, los mecanismos de operación del sistema y las señales de precios para gestionar redes más flexibles y bidireccionales (Parlamento Europeo y Consejo de la UE, 2019). Asimismo, la transposición de la regulación europea del hidrógeno renovable y los gases descarbonizados requerirá que la CNMC defina metodologías retributivas, normas de acceso y criterios de separación de actividades en sectores en fase incipiente, garantizando eficiencia, neutralidad y compatibilidad con el diseño del mercado interior (Parlamento Europeo y Consejo de la UE, 2024).

Otro ámbito de atención prioritaria será la protección del consumidor y la supervisión de las prácticas comerciales. La crisis energética de 2021–2022 evidenció la vulnerabilidad de los usuarios ante episodios de volatilidad extrema y la importancia de reforzar la transparencia de las ofertas, la protección de los consumidores vulnerables y el control de prácticas potencialmente abusivas. En su papel como autoridad reguladora sectorial, la CNMC deberá intensificar el seguimiento del funcionamiento de los mercados, detectar posibles manipulaciones y cooperar de forma estrecha con ACER en el análisis de precios, el intercambio de información y la supervisión de la integridad de los mercados europeos de energía (ACER, 2022).

Un tercer reto relevante se centra en la digitalización del sistema energético, que transformará las dinámicas de supervisión y la capacidad operativa del regulador. El uso masivo de datos procedentes de contadores inteligentes, plataformas de gestión de red, algoritmos de casación de mercados y modelos de predicción plantea oportunidades para mejorar la eficiencia regulatoria, pero también exige nuevas competencias técnicas y herramientas avanzadas de análisis. En este sentido, diversos informes europeos subrayan la necesidad de reforzar los recursos humanos y tecnológicos de los reguladores nacionales para garantizar una supervisión eficaz y mantener la independencia de facto (CEER, 2024).

En el plano institucional, la creciente complejidad del sistema y la acumulación de nuevas funciones obligarán a debatir mecanismos de financiación estables y autónomos para el regulador, en línea con los estándares europeos que recomiendan sistemas de tasas o esquemas de autofinanciación que aseguren recursos suficientes y protejan a las autoridades reguladoras frente a presiones presupuestarias (CEER, 2024). Este debate resulta especialmente relevante en España, donde el incremento de competencias tras 2019 ha ampliado sustancialmente el alcance de supervisión de la CNMC.

Finalmente, la agenda futura estará profundamente condicionada por la evolución del diseño del mercado eléctrico europeo, con nuevas funciones de supervisión a los reguladores nacionales. Paralelamente, la CNMC deberá mantener una participación activa en ACER, CEER y los foros regionales, incluido el Consejo de Reguladores del MIBEL, para asegurar la convergencia regulatoria, contribuir al desarrollo de los códigos de red y garantizar la integración eficiente de las interconexiones internacionales (ACER, 2020).

En síntesis, la agenda regulatoria futura combinará la adaptación del marco económico al avance de la transición energética, el refuerzo de la protección del consumidor, la digitalización del sistema y la profundización de la integración europea. La capacidad del regulador español para anticipar estos cambios, reforzar sus medios y ejercer sus competencias con criterios técnicos estables e independientes será determinante para asegurar una transición ordenada, eficiente y plenamente alineada con los principios del mercado interior de la energía.

8. Conclusiones

La regulación energética española ha experimentado en los últimos años una transformación profunda, orientada a reforzar la independencia y las capacidades del regulador nacional. Este proceso responde, en buena medida, a la necesidad de corregir desajustes acumulados en la transposición del marco comunitario y de converger hacia los estándares europeos en materia de gobernanza regulatoria. En este contexto, el Real Decreto-ley 1/2019 actuó como catalizador del cambio al asignar a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia la potestad de dictar las normas económicas fundamentales del sector. La reforma no se limitó a un ajuste formal de competencias, sino que supuso un cambio sustantivo en la arquitectura institucional de la regulación energética en España.

A partir de dicha reforma, la CNMC ha pasado a ocupar una posición central en la gobernanza del sector energético, asumiendo responsabilidades normativas directas sobre aspectos clave como la retribución de las redes, la estructura de los peajes de acceso, las condiciones

de acceso y conexión a las infraestructuras y determinadas reglas de funcionamiento de los mercados. El mecanismo de coordinación con el Gobierno, articulado a través de las orientaciones de política energética, ha permitido compatibilizar la independencia regulatoria con las prioridades estratégicas nacionales, preservando en última instancia la capacidad decisoria del regulador conforme a las exigencias derivadas del Derecho de la Unión. De este modo, la CNMC se ha consolidado como una autoridad regulatoria independiente de pleno derecho, con capacidad efectiva para adoptar decisiones técnicas en defensa del interés general.

Desde una perspectiva económica y regulatoria, el amplio conjunto de circulares aprobadas desde 2019 ha configurado un marco más coherente, transparente y predecible. La introducción de metodologías objetivas para la retribución de las actividades reguladas, el diseño de los peajes de acceso con criterios de imputación de costes y señales horarias, y la clarificación de las reglas de acceso y conexión han contribuido a reforzar el marco regulatorio y la sostenibilidad económico-financiera del sistema. Este nuevo marco ha elevado la calidad normativa del sector energético español, evitando la discrecionalidad y alineando los incentivos de los agentes con el uso eficiente de las redes y los recursos.

En paralelo, el refuerzo del papel del regulador ha tenido efectos relevantes sobre el funcionamiento de los mercados y la protección de los consumidores. La separación entre peajes y cargos ha incrementado la transparencia de la factura de acceso, mientras que la supervisión más intensa de los mercados mayoristas y minoristas, en aplicación del Reglamento REMIT, ha fortalecido los estándares de integridad y confianza en la formación de precios. Asimismo, la estandarización de procedimientos y la obligación de publicidad de información relevante han mejorado la seguridad jurídica y la igualdad de trato de los agentes, aspectos especialmente críticos en un contexto de rápida expansión de las energías renovables.

Todo este proceso se inscribe, además, en una clara dinámica de convergencia con el marco europeo. Las reformas emprendidas desde 2019 han permitido alinear la regulación española con las exigencias del Tercer Paquete Energético y del Paquete de Energía Limpia, y han reforzado la interlocución de la CNMC en los foros europeos de coordinación regulatoria. De cara al futuro, la transición hacia un sistema energético descarbonizado, digitalizado y cada vez más integrado a nivel comunitario planteará nuevos retos regulatorios, desde la incorporación de nuevas figuras y vectores energéticos hasta la revisión del diseño del mercado eléctrico europeo. En este contexto, contar con un regulador independiente, técnicamente capacitado y dotado de recursos suficientes será determinante para asegurar una evolución ordenada, eficiente y socialmente equilibrada del sector energético. La experiencia acumulada desde 2019 muestra que fortalecer la autonomía regulatoria no sólo mejora la calidad de la regulación, sino que constituye una condición necesaria para afrontar con garantías los desafíos de la transición energética en un marco plenamente europeo.

En definitiva, la consolidación de este modelo regulatorio exigirá un equilibrio permanente entre flexibilidad y estabilidad, así como una coordinación institucional eficaz que permita afrontar con éxito los retos del sistema energético en los próximos años.

Bibliografía

ACER. *Annual Report on the Results of Monitoring the Internal Electricity and Gas Natural Markets.* Agency for the Cooperation of Energy Regulators, 2020.

ACER. *Market Monitoring Report.* Agency for the Cooperation of Energy Regulators, 2020.

ACER. *REMIT Annual Report. Agency for the Cooperation of Energy Regulators*, 2022.

CALANCHA, Fernando. *Novedades regulatorias del Real Decreto-ley 1/2019 y nuevas competencias de la CNMC.* PwC Periscopio Fiscal y Legal, 2019.

CEER. *How NRA independence is safeguarded as NRA competences keep expanding.* Council of European Energy Regulators, 3/10/2024.

CNMC. *Circular 2/2019, de 12 de noviembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología de cálculo de la tasa de retribución financiera de las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, y regasificación, transporte y distribución de gas natural.* Boletín Oficial del Estado, núm. 279, 20/11/2019.

CNMC. *Circular 3/2019, de 20 de noviembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen las metodologías que regulan el funcionamiento del mercado mayorista de electricidad y la gestión de la operación del sistema.* Boletín Oficial del Estado, núm. 289, 2/12/2019.

CNMC. *Circular 4/2019, de 27 de noviembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología de retribución del operador del sistema eléctrico.* Boletín Oficial del Estado, núm. 290, 3/12/2019.

CNMC. *Circular 5/2019, de 5 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica.* Boletín Oficial del Estado, núm. 304, 19/12/2019.

CNMC. *Circular 6/2019, de 5 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica.* Boletín Oficial del Estado, núm. 304, 19/12/2019.

CNMC. *Circular 7/2019, de 5 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado que se emplearán en el cálculo de la retribución de las empresas titulares de instalaciones de transporte de energía eléctrica*. Boletín Oficial del Estado, núm. 304, 19/12/2019.

CNMC. *Circular 8/2019, de 12 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología y condiciones de acceso y asignación de capacidad en el sistema de gas natural.* Boletín Oficial del Estado, núm. 307, 23/12/2019.

CNMC. *Circular 9/2019, de 12 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para determinar la retribución de las instalaciones de transporte de gas natural y de las plantas de gas natural licuado.* Boletín Oficial del Estado, núm. 307, 23/12/2019.

CNMC. *Circular 1/2020, de 9 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología de retribución del gestor técnico del sistema gasista.* Boletín Oficial del Estado, núm. 14, 16/01/2020.

CNMC. *Circular 2/2020, de 9 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen las normas de balance de gas natural.* Boletín Oficial del Estado, núm. 15, 17/01/2020.

CNMC. *Circular 3/2020, de 15 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de los peajes de transporte y distribución de electricidad.* Boletín Oficial del Estado, núm. 21, 24/01/2020.

CNMC*. Circular 4/2020, de 31 de marzo, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología de retribución de la distribución de gas natural.* Boletín Oficial del Estado, núm. 93, 3/04/2020.

CNMC. *Circular 6/2020, de 22 de julio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de los peajes de transporte, redes locales y regasificación de gas natural.* Boletín Oficial del Estado, núm. 202, 25/07/2020.

CNMC. *Circular 8/2020, de 2 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen los valores unitarios de referencia de inversión y de operación y mantenimiento para el periodo regulatorio 2021-2026 y los requisitos mínimos para las auditorías sobre inversiones y costes en instalaciones de transporte de gas natural y plantas de gas natural licuado.* Boletín Oficial del Estado, núm. 327, 16/12/2020.

CNMC. *Circular 1/2021, de 20 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología y condiciones del acceso y de la conexión a las redes de transporte y distribución de las instalaciones de producción de energía eléctrica.* Boletín Oficial del Estado, núm. 19, 22/01/2021.

CNMC. *Circular 6/2021, de 30 de junio, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen los incentivos del gestor técnico del sistema gasista y la afección a su retribución.* Boletín Oficial del Estado, núm. 159, 5/07/2021.

CNMC. *Circular 10/2021, de 20 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establecen los aspectos retributivos del operador del mercado eléctrico atribuidos por normativa europea al regulador nacional.* Boletín Oficial del Estado, núm. 309, 25/12/2021.

CNMC. *Circular 1/2023, de 7 de febrero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se modifica la Circular 4/2019, de 27 de noviembre, por la que se establece la metodología de retribución del operador del sistema eléctrico*. Boletín Oficial del Estado, núm. 40, 16/02/23.

CNMC. *Circular 2/2023, de 28 de febrero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se modifica la Circular 1/2020, de 9 de enero, por la que se establece la metodología de retribución del Gestor Técnico del Sistema Gasista*. Boletín Oficial del Estado, núm. 54, 4/03/23.

CNMC. *Circular 1/2024, de 27 de septiembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología y condiciones del acceso y de la conexión a las redes de transporte y distribución de las instalaciones de demanda de energía eléctrica*. Boletín Oficial del Estado, núm. 246, 11/10/2024.

CNMC. *Circular 1/2025, de 28 de enero, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se modifica la Circular 3/2020, de 15 de enero, por la que se establece la metodología para el cálculo de los peajes de transporte y distribución de electricidad.* Boletín Oficial del Estado, núm. 31, 5/02/2025.

CNMC. *Circular 3/2025, de 16 de mayo, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se modifica la Circular 6/2021, de 30 de junio, por la que se establecen los incentivos del Gestor Técnico del Sistema Gasista y la afección a su retribución*. Boletín Oficial del Estado, núm. 124, 23/05/2025.

CNMC. *Circular 7/2025, de 16 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se modifica la Circular 5/2019, de 5 de diciembre, por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de transporte de energía eléctrica;*

y se aprueban las instalaciones tipo y los valores unitarios de referencia de inversión y de operación y mantenimiento por elemento de inmovilizado que se emplearán en el cálculo de dicha retribución. Boletín Oficial del Estado, núm. 311, 26/12/2025.

CNMC. *Circular 8/2025, de 22 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se establece la metodología para el cálculo de la retribución de la actividad de distribución de energía eléctrica.* Boletín Oficial del Estado, núm. 314, 30/12/2025.

CNMC. *Circular 9/2025, de 22 de diciembre, de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, por la que se modifica la Circular 2/2019, de 12 de noviembre, por la que se establece la metodología de cálculo de la tasa de retribución financiera de las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica, y regasificación, transporte y distribución de gas natural, y se establece la tasa de retribución financiera aplicable a las actividades de transporte, operación del sistema y distribución de energía eléctrica en el periodo regulatorio 2026-2031.* Boletín Oficial del Estado, núm. 314, 30/12/2025.

CNMC. *Memoria anual 2023.* Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, 2023.

COMISIÓN EUROPEA. *Informe de 2020 sobre el estado de la Unión de la Energía, de conformidad con el Reglamento (UE) 2018/1999, sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima.* Bruselas, 14/10/2020.

CONSEJO DE ESTADO. *Dictámenes sobre los proyectos de circulares de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia emitidos en aplicación del Real Decreto-ley 1/2019,* 2019.

ESPAÑA. Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, núm. 311, 29/12/1978.

ESPAÑA. *Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico.* Boletín Oficial del Estado, núm. 285, 28/11/1997.

ESPAÑA. *Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos.* Boletín Oficial del Estado, núm. 241, 8/10/1998.

ESPAÑA. *Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.* Boletín Oficial del Estado, núm. 134, 5/06/2013.

ESPAÑA. *Real Decreto-ley 1/2019, de 11 de enero, de medidas urgentes para adecuar las competencias de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a las exigencias derivadas del derecho comunitario en relación con las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y del gas natural.* Boletín Oficial del Estado, núm. 11, 12/01/2019.

ESPAÑA. *Real Decreto 1183/2020, de 29 de diciembre, de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica.* Boletín Oficial del Estado, núm. 340, 30/12/2020.

ESPAÑA. *Real Decreto 148/2021, de 9 de marzo, por el que se establece la metodología de cálculo de los cargos del sistema eléctrico.* Boletín Oficial del Estado, núm. 66, 18/03/2021.

JOVER, José María. *La potestad normativa de la CNMC.* Revista de Administración Pública, 2020, núm. 211, p. 71-110.

LÓPEZ MILLA, Julián. *La liberalización del sector eléctrico español. Una reflexión a la luz de la experiencia de Inglaterra y Gales.* Departamento de Análisis Económico Aplicado de la Universidad de Alicante, 1999.

MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO (MITECO). *Peajes de acceso a las redes de transporte y distribución y cargos asociados a los costes del sistema.* https://www.miteco.gob.es/es/energia/energia-electrica/electricidad/peajes.html *(consultado 12 diciembre 2025).*

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UE. *Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad.* Diario Oficial de la Unión Europea, L27/20, 30/01/1997.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UE. *Directiva 98/30/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural.* Diario Oficial de la Unión Europea, L204/1, 21/07/1998.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UE. *Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 96/92/CE.* Diario Oficial de la Unión Europea, L176/37, 15/07/2003.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UE. *Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 98/30/CE.* Diario Oficial de la Unión Europea, L176/57, 15/07/2003.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UE. *Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE.* Diario Oficial de la Unión Europea, L211, 14/08/2009.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UE. *Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE.* Diario Oficial de la Unión Europea, L211, 14/08/2009.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UE. *Reglamento (UE) nº1227/2011 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre la integridad y la transparencia del mercado mayorista de la energía.* Diario Oficial de la Unión Europea, L326, 8/12/2011.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UE. *Directiva (UE) 2019/944 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se modifica la Directiva 2012/27/UE.* Diario Oficial de la Unión Europea, L158/125, 14/06/2019.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UE. *Reglamento (UE) 2019/943 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de junio de 2019, relativo al mercado interior de la electricidad.* Diario Oficial de la Unión Europea, L158/54, 14/06/2019.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UE. *Directiva (UE) 2024/1788 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, relativa a normas comunes para los mercados interiores del gas renovable, del gas natural y del hidrógeno, por la que se modifica la Directiva (UE) 2023/1791 y se deroga la Directiva 2009/73/CE.* Diario Oficial de la Unión Europea, 15/07/2024.

PARLAMENTO EUROPEO Y CONSEJO DE LA UE. *Reglamento (UE) 2024/1789 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, relativo a los mercados interiores del gas renovable, del gas natural y del hidrógeno y por el que se modifican los Reglamentos (UE) nº.1227/2011, (UE) 2017/1938, (UE) 2019/942 y (UE) 2022/869 y la Decisión (UE) 2017/684 y se deroga el Reglamento (CE) nº.715/2009.* Diario Oficial de la Unión Europea, 15/07/2024.

SERRANO GONZÁLEZ, Marina. *La Comisión Nacional de la Energía. Presente y Futuro.* Club Español de la Energía, 2009.

SERRANO GONZÁLEZ, Marina. *Regulación eléctrica en 2019 y perspectivas para 2020.* Aeléc, 2019.

Plataformas digitales y control de contenidos en internet: una aproximación al nuevo marco regulatorio europeo a la luz de las libertades comunicativas

Autores:

Germán M. Teruel Lozano, Profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad de Murcia y director adjunto de investigación de la Fundación Hay Derecho.

Teresa Kuchkovsky Jiménez, Vocal asesora, Asesoría Jurídica. CNMC.

Carmen Alonso Villaseñor, Subdirectora adjunta, Gabinete de presidencia. CNMC

Resumen:

El trabajo analiza la profunda transformación de la esfera pública digital y el papel creciente de las plataformas en la moderación del debate público. Examina cómo el optimismo inicial sobre un entorno abierto y descentralizado ha dado paso a nuevas amenazas para los derechos fundamentales, especialmente para la libertad de expresión, debido al poder estructural de las plataformas y a su intervención algorítmica. Frente a ello, se estudia el nuevo marco regulatorio europeo, especialmente la *Digital Services Act*, que introduce obligaciones de transparencia, debido proceso y evaluación de riesgos sistémicos. El artículo muestra que este régimen busca equilibrar libertades y responsabilidades para preservar un espacio comunicativo plural, abierto y seguro. Finalmente, se reflexiona sobre los desafíos que plantea su implementación y su relevancia para la constitucionalización de la esfera pública digital.

Palabras clave:

Libertades comunicativas, plataformas digitales, esfera pública digital

Códigos JEL:

L86, K23, K33, D83.

1. Introducción.

Transformaciones de la esfera pública, la vocación democratizadora de Internet y el primer paradigma regulatorio

La esfera pública ha sufrido una extraordinaria transformación como consecuencia de la revolución digital (Habermas, 2023) e Internet y las diferentes plataformas digitales constituyen hoy "vastos foros democráticos", como ha reconocido el Tribunal Supremo estadounidense en el célebre caso Packingham v. North Carolina (582 U.S., 98, 2017). El "viejo" modelo comunicativo forjado a partir del siglo XX dominado por los medios de comunicación de masas, caracterizado por responder a una lógica jerarquizada, unidireccional y concentrada parecería haber quedado superado en la esfera pública digital. Internet iba a permitir una comunicación multidireccional, totalmente horizontal, en el que cualquier ciudadano podía participar sin barreras de acceso; un modelo de comunicación disperso y descentralizado, en el que no existirían centros de control y en el que la comunicación iba a poder desarrollarse de forma interactiva. Los ciudadanos iban a poder ser emisores y receptores y el centro de la comunicación iba a pasar a ser público. Se afirmaba así el carácter indudablemente "democratizador" que iba a tener este nuevo medio (ACLU v. Reno, 521 U.S. 844, 1997) definido como "*a never-ending worldwide conversation*" [1].

Porque, aquello de lo que no cabe duda, es que, tal y como ha apreciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, "Internet es en la actualidad el principal medio de la gente para ejercer su derecho a la libertad de expresión y de información: se encuentran herramientas esenciales de participación en actividades y debates relativos a cuestiones políticas o de interés público" (STEDH (Sección 2ª) de 18 de diciembre de 2012, asunto Ahmet Yildirim c. Turquía, ***§*** 54). Se trata, en definitiva, de "una plataforma sin precedentes para el ejercicio de la libertad de expresión" (STEDH de 16 de junio de 2015, asunto Delfi AS c. Estonia, § 110).

Y fue ese carácter genéticamente abierto y plural, democratizador, el que justificó que la primera aproximación regulatoria a Internet, allá por los noventa, fuera estrictamente liberal. Internet, como resolvió el Tribunal Supremo norteamericano en el caso Reno v. American Civil Liberties Union, (521 U. S. 844, 1997), debía ser libre como la prensa, a diferencia del mundo audiovisual donde se había justificado una mayor regulación pública. El derecho de los oyentes a recibir información y razones de escasez de frecuencias, la penetración de los medios como la radio y la televisión, así como las concentraciones de los grupos de medios legitimaron en los EE.UU. medidas como la *fairness doctrine,* que limitaba la libertad editorial de los medios audiovisuales exigiendo un tratamiento de las controversias de relevancia pública de forma honesta y ponderada, con oportunidades razonables para contrastar los distintos puntos de vista. Sin embargo, como decíamos, la comunicación en la esfera pública digital se pensó que iba a superar estas limitaciones y se iba a poder disfrutar de esa esfera pública participativa y dinámica sin la necesidad de intervención pública. Quizá el mejor testimonio de esta ingenua euforia inicial quedó plasmado en la Declaración de

[1] Así definió Internet el Juez Stewart Dalzell en el año 1996 en la sentencia del Tribunal Federal del Distrito de Pensilvania de 11 de junio de 1996, caso ACLU v. Janet Reno, 96-963; posteriormente confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo norteamericano caso ACLU v. J. Reno, 96-511, 26 June 1997.

independencia del ciberespacio, redactada por Perry Barlow en 1996, en la que se sostenía que se había creado un espacio global independiente y sin gobierno, al que no le iban a ser aplicables las leyes ni las jurisdicciones estatales.

De hecho, desde la perspectiva normativa, se asumió el presupuesto de que los operadores de Internet eran intermediarios neutrales que no participaban en el proceso comunicativo y, sobre esta base, en 1996 la *Communications Decency Act* estadounidense consagró en su art. 230 la regla de oro para la construcción del Internet que conocemos: la inmunidad de los proveedores de servicios por los contenidos publicados por terceros. También se incorporó la regla del "Buen Samaritano", en virtud de la cual los proveedores de servicios digitales no perderían su inmunidad aunque aplicaran políticas de moderación de contenidos, siempre y cuando actuaran de buena fe, y no se les podría exigir responsabilidad por haber eliminado contenidos de terceros que a su juicio resultaran ofensivos u obscenos. Se configuraba así un doble sistema de irresponsabilidad para las plataformas digitales: irresponsabilidad por lo que publicaran terceros en ellas, pero también irresponsabilidad por la moderación de contenidos que realizaran. Este modelo en buena medida fue recibido en Europa a través de la Directiva 2000/31/CE sobre el comercio electrónico, que en sus artículos 12 y siguientes contempló un régimen de exención de responsabilidades para los prestadores de servicios de Internet por los contenidos publicados por terceros. Además, el art. 15 prescribía la prohibición de imponer obligaciones generales de supervisión de los datos que transmitieran o almacenaran.

La actual esfera pública digital: oportunidades, amenazas y un nuevo paradigma regulatorio en Europa

Más de dos décadas después, por mucho que no se dude de que este diseño normativo favoreció un excepcional desarrollo tecnológico, también se plantean importantes amenazas y desafíos que exigen una intervención. En especial, como ha advertido Habermas (2023), la esfera pública digital está cada vez más atomizada y fragmentada. Hoy día, el carácter inclusivo de la esfera pública digital está en peligro y preocupan los procesos de privatización, de fragmentación y de contaminación (Caruso, 2023: 556). Además, hay nuevas amenazas para los derechos y libertades de las personas, y no solo posibilidades, en particular para los derechos de la personalidad (STEDH de 5 de mayo de 2011, asunto Consejo Editorial de Pravoye Delo y Shtekel c. Ucrania, § 63). En palabras del Tribunal Constitucional español, "la comunicación e interacción digital se caracteriza por venir apoyada, entre otras características, sobre la inmediatez y rapidez en la difusión de contenidos, la mayor dificultad de establecer controles previos a esa difusión, y la potencialmente amplia —y difícilmente controlable— multiplicación, reiteración y transmisión entre terceros de los contenidos alojados en la red. Tales características favorecen una capacidad para influir en la opinión pública exponencialmente superior a la de los medios de comunicación tradicionales que, por lo demás, también se sirven de las redes sociales para difundir sus contenidos, e incluso para manejar los tiempos y la capacidad de impacto de una determinada información. Las características apuntadas, como ya hemos destacado, suponen un mayor riesgo de vulneración de los derechos de la personalidad de terceros" (STC 83/2023, de 4 de julio, F. 5).

Seguramente, el elemento más distorsionador del carácter originalmente abierto y plural con el que se concibió Internet ha sido el desarrollo posterior de su arquitectura, la cual ha perfeccionado el control y permite regulaciones altamente eficaces, hasta convertir al ciberespacio en una "herramienta de control perfecta", como advirtió L. Lessig (2009: 35-36). En efecto, en el espacio digital, lejos de ser un ámbito exento de regulación, lo que encontramos es una dispersión compleja del poder regulatorio distribuido en "una plétora de organizaciones internacionales, gobiernos nacionales, parlamentos, empresas, ingenieros, medios de comunicación, tuiteros famosos y campañas masivas físicas y virtuales a través de las redes sociales compiten ahora en un juego multinivel y multidimensional. El resultado a menudo depende de intrincadas intersecciones entre los negocios, la política, la ley, la regulación y las tecnologías de comunicación en rápido desarrollo" (Garton Ash, 2016: 26). Una realidad para cuya explicación el profesor Garton Ash se vale de la analogía de los perros, gatos y ratones. "Los gobiernos son los perros, las empresas son los gatos y nosotros somos los ratones. Los gatos más grandes son más poderosos que todos los perros, excepto los más grandes" (Garton Ash, 2016: 26). De ahí que, como ha planteado Balkin (2018), habría aparecido una "nueva escuela" regulatoria que centra sus esfuerzos en incidir en la arquitectura de Internet, reconduciendo esa variedad de actores a una relación triangular en cuyos ángulos se encontrarían los poderes públicos (Estados, Unión Europea, organizaciones internacionales), aquellos poderes privados que controlan la arquitectura de Internet (desde los prestadores de infraestructuras a las plataformas digitales y redes sociales, motores de búsqueda, ISPs, alojamientos de webs…), y los usuarios finales (ciudadanos, organizaciones de sociedad-civil…).

Pero, sobre todo, en ese complejo contexto regulatorio multinivel, con una esfera pública digital tendencialmente global, las plataformas digitales han asumido un rol excepcional como moderadores del debate público, evitando que el mismo se convierta en una cacofonía[2]. Y, para ello, no solo bloquean contenidos, sino que acuden de forma necesaria a sistemas automatizados de tratamiento algorítmico, los cuales resultan imprescindibles, ya que por el espacio digital circulan una cantidad ingente de mensajes que tienen que ser revisados. Las cifras sobre decisiones de moderación de contenidos que reportan las propias plataformas digitales dan prueba evidente de la magnitud de esta actividad[3].

Una realidad que obliga a plantearnos si podemos seguir concibiendo a las plataformas digitales como operadores tecnológicos neutrales y si podemos confiar en que la metáfora del "libre mercado de las ideas" sigue siendo un paradigma válido para preservar una esfera pública digital donde pueda darse un debate "desinhibido, robusto y ampliamente abierto" (New York Times c. Sullivan, 376 U.S. 254, 1964).

La respuesta a ambas preguntas creemos que debe ser negativa, en sintonía con la nueva aproximación regulatoria sintetizada en el paquete legislativo sobre el espacio digital re-

[2] En la medida que este trabajo se ocupa del control de mensajes comunicativos en la esfera pública digital, debemos hacer notar que nos referiremos de forma genérica a las plataformas digitales para incluir todos aquellos operadores tecnológicos que prestan servicios centrados en la transmisión de mensajes comunicativos y que permiten interacciones, tablones de discusión o aquellas que facilitan la búsqueda o el acceso a la información, teniendo como referencia las redes sociales y a los propios motores de búsqueda.

[3] A este respecto puede verse la base de datos de transparencia de la DSA: https://transparency.dsa.ec.europa.eu/dashboard?lang=es

cientemente aprobado por la Unión Europea. En primer lugar, como se ha señalado, se hace necesario levantar el velo de neutralidad con el que venían cubriéndose las plataformas digitales en relación con los contenidos que publican terceros. Al final, las plataformas digitales ya no son meros intermediarios en el proceso de comunicación pública, sino que cada una de ellas "«comunica» esos contenidos ajenos y los ordena, organiza, y difunde con arreglo a sus criterios «editoriales», que ya no son los que fija un comité de redacción, sino un grupo de directivos, tecnólogos e informáticos que diseñan los algoritmos de comunicación y escriben su código" (Villaverde Menéndez, 2020: 28). En otras palabras, hoy resulta claro que las plataformas digitales modulan significativamente el proceso comunicativo y, aunque no lo hacen a través de una decisión editorial en el sentido clásico, sí que pueden encontrarse ciertas concomitancias (Koltay, 2019: 4 y 87 y ss.). Por ejemplo, cuando una plataforma digital decide que quiere moderar ciertos contenidos y establece una política que regula el discurso en ese espacio está tomando una suerte de decisión editorial. Pero también cuando programa los algoritmos para recomendar cierto tipo de mensajes o para silenciar otros, por mucho que se haga de una forma tecnológicamente oscura que, en la mayoría de los casos, buscará un puro interés mercantil.

Además, siguiendo a Lessig (2009: 35), debemos reconocer que "la libertad en el ciberespacio no emanará de la ausencia de Estado, sino que provendrá, como en cualquier otro sitio, de la existencia de un cierto tipo de Estado", por lo que la respuesta a los desafíos actuales no puede venir de la "visceral retórica antiestatal de un pasado liberal: los Estados son necesarios para proteger la libertad, pese a que también sean capaces de destruirla" (Lessig, 2009: 24).

Una intervención estatal que, lejos de la retórica del libre mercado de las ideas, ha de estar dirigida a estimular una deliberación robusta, lo cual presupone reconocer que en la libertad de expresión hay una dimensión objetiva que la vincula con el ideal de que debe preservarse una esfera pública que sea auténticamente "pública", "abierta", "libre", "plural" y "pacífica" (Villaverde Menéndez, 2020: 27). Sabiendo que estos son elementos que pueden estar en tensión y que es necesario equilibrar: porque un espacio público totalmente abierto, libre y plural, difícilmente resultará pacífico ni permitirá una deliberación robusta. El mejor ejemplo de ello se encuentra en la actualidad en los desórdenes producidos por los fenómenos de desinformación o en los problemas que plantea el silenciamiento de cierto tipo de discursos o la amplificación de otros como consecuencia del tratamiento algorítmico de las principales plataformas digitales, los cuales pueden provocar importantes riesgos sistémicos para la integridad de la esfera pública digital, según tendremos ocasión de analizar.

En consecuencia, atendiendo a la realidad de la esfera pública digital y partiendo de los postulados de un Estado social y democrático, las exigencias de protección de la libertad de expresión, proyectada singularmente sobre la libertad de medios de comunicación, reclaman un Estado regulador, no tanto desde la perspectiva censora o limitativa, sino para establecer deberes y responsabilidades a los actores relevantes en el proceso comunicativo, sean públicos o privados, con el objetivo de armonizar y de preservar la robustez y el carácter abierto y plural de la opinión pública. Y, llegado el caso, un Estado providente, con capacidad de intervenir directamente en el proceso comunicativo a través de medios públicos, subvenciones, etc. Todo ello sin abandonar la perspectiva garantista, puramente liberal, que reclama prever

salvaguardas para las libertades comunicativas, especialmente frente a la acción pública, pero sin excluir su proyección sobre los poderes privados ante las nuevas formas de censura privada.

Una aproximación que, como señalábamos, ha justificado la intervención europea en el espacio público digital que será objeto de estudio en el presente trabajo. Se trata de un cambio de paradigma de extraordinaria importancia y con importantes consecuencias geopolíticas, como se está observando en las relaciones euro-atlánticas durante el mandato del segundo gobierno del presidente Trump. Pero que también está sirviendo de modelo para otras democracias, especialmente en el contexto latinoamericano, hacia las que se proyecta ese "efecto Bruselas", como prueba la reciente sentencia de la Corte Constitucional de Colombia (T-256/2025, de 12 de junio), en la que ésta, siguiendo los precedentes europeos, ha destacado que las redes sociales deben respetar unos límites en la moderación de contenidos para garantizar la protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en el bloque de constitucionalidad. Estudiemos por ello los principales rasgos del marco regulatorio europeo.

2. Una aproximación al nuevo marco regulatorio europeo: obligaciones de transparencia y debido proceso, responsabilidad de las plataformas digitales y riesgos sistémicos

El paquete regulatorio europeo y el régimen jurídico de las plataformas digitales en perspectiva constitucional

La Unión Europea en los últimos años ha asumido la compleja tarea de disciplinar la arquitectura y la actividad de las plataformas digitales a través de una intervención regulatoria que contempla importantes obligaciones y mecanismos de supervisión posteriores, partiendo de la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos, muy en especial la preservación de un proceso comunicativo plural y abierto, pero también en el que sea posible mantener un debate público robusto y pacífico, según dijimos. Especialmente, este paquete normativo para la regulación del espacio digital incluye un gran texto, la *Digital Service Act* (en adelante, DSA)[4], que será el objeto de atención preferente en este trabajo. Aunque al mismo se suman una costelación de regulaciones, entre las cuales destaca la *Digital Markets Act*[5], junto con otras que se han ido aprobando en los últimos años con intervenciones sectoriales en el mundo digital[6]. Lo revolucionario ahora es que por fin se da un régimen jurídico específico

[4] Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 relativo a un mercado único de servicios digitales.

[5] Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de septiembre de 2022 sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital.

[6] Entre otras, Reglamento 2016/679, General de Protección de Datos; Directiva 2010/13/CE, en su versión modificada por la Directiva (UE) 2018/1808, sobre los prestadores de plataformas de intercambio de vídeos (Directiva de servicios de comunicación audiovisual); Reglamento 2019/1150, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea; la Directiva 2019/790, de 17 de abril, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital; y, por supuesto, el Reglamento 2021/784, de 29 de abril de 2021, sobre la lucha contra la difusión de contenidos terroristas en línea; el Regla-

para las plataformas digitales que pretende ordenar la selva en la que éstas habían venido creciendo, el cual nace con el doble objetivo de favorecer su actividad económica, pero considerando también que están en juego las libertades comunicativas. En concreto, con respecto a estas últimas, esta normativa se proyecta sobre estas libertades en un doble sentido, como estudiaremos a continuación: por un lado, contemplando obligaciones normativas que vienen a tutelar el ejercicio de la libertad de expresión por parte de los usuarios de las plataformas digitales, especialmente frente a las decisiones de moderación de contenidos; y, por otro, también se preocupa por paliar los riesgos que para la opinión pública y para los derechos de las personas puedan derivarse de la actividad de las plataformas digitales y se establecen mecanismos para luchar contra contenidos ilícitos.

Europa se aleja así de la narrativa americana que en buena medida sigue anclada en la regla de oro de la exención de responsabilidad por los contenidos publicados por terceros y en la regla del buen samaritano, asumiendo que las plataformas digitales son foros privados, lo que deja fuera del marco de enjuiciamiento constitucional las decisiones de moderación de contenidos de las plataformas digitales y cualquier intento de que los poderes públicos impongan unas reglas de moderación constituiría una suerte de *compelled speech* contrario a la I Enmienda. Precisamente, esta es la lógica que subyace a la reciente sentencia del Tribunal Supremo estadounidense en el caso Moody v. Netchoice (603 US 2024) donde ha enjuiciado la constitucionalidad de sendas leyes estatales que habían impuesto unas obligaciones de neutralidad en el tratamiento de los contenidos. Para el Tribunal Supremo la actividad de gestión de contenidos que realizan las plataformas digitales ha de ser considerada una "actividad expresiva en sí misma" y concluía que "por imperfecto que fuera el mercado privado de ideas, aquí hay una propuesta peor: el propio gobierno decide cuándo el discurso estaba desequilibrado, y luego coacciona a los oradores para que proporcionaran más de algunos puntos de vista o menos de otros".

Por el contrario, el nuevo régimen jurídico europeo de las plataformas digitales rompe con esta aproximación estadounidense para adoptar otra perspectiva constitucional, que propugna la relevancia de la actividad de las plataformas digitales para la esfera pública y justifica un régimen jurídico que imponga obligaciones y límites a la libertad de las plataformas digitales[7]. Ahora bien, la aproximación europea no es radical y no pretende que las platafor-

mento 2024/900, de 13 de marzo, sobre transparencia y segmentación en la publicidad política; el Reglamento 2024/1689, de 13 de junio, de inteligencia artificial; o el Reglamento 2024/1083, de 11 de abril, sobre la libertad de los medios de comunicación.

[7] A este respecto, en nuestra doctrina han surgido distintas aproximaciones para justificar la imposición de obligaciones y cargas a las plataformas digitales en aras de preservar las libertades comunicativas como marco constitucional para legitimar el régimen jurídico que se les ha dado. Por ejemplo, el profesor Víctor Vázquez (2022) (2025) ha propuesto trasladar la lógica de la teoría del foro estadounidense para apostar por considerar a las redes sociales como una suerte de foros públicos institucionales o con naturaleza híbrida, público-privada, y, en consecuencia, aunque entiende que las redes sociales mantienen un margen para adoptar sus propias políticas de moderación de contenidos, también sugiere que las mismas pueden quedar sujetas a límites, en particular cuando ocupen una posición hegemónica. O el profesor Teruel Lozano (2023), coautor en este trabajo, ha planteado definir el estatus de las plataformas proyectando en cierto modo el de los medios de comunicación, que parte del reconocimiento de una libertad "editorial" en relación con la libertad de empresa, pero en el que se justifican imponer cargas y deberes para preservar ciertos valores para la salvaguarda de la opinión pública. Una analogía que debe entenderse sin perjuicio de que el concreto régimen jurídico de las plataformas digitales

mas digitales sean foros públicos. Se reconoce que las mismas disfrutan de una suerte de derecho, al que podríamos reconocer relevancia constitucional, que les faculta a mantener su propia política de admisión de usuarios, de moderación de contenidos, de recomendaciones y de tratamiento algorítmico, como proyección de su libertad de empresa. Un derecho que, además, hay autores que postulan se podría conectar con la libertad de creación de medios de comunicación y, en relación con la misma, con una suerte de libertad editorial. Por tanto, también en Europa (y aunque esto ha sido objeto de controversia), al menos para la normativa europea las plataformas digitales *a priori* son libres para establecer criterios para la moderación de contenidos y para su selección y recomendación, respetando siempre que los contenidos ilícitos deben ser retirados. En otras palabras, las plataformas digitales, de acuerdo con sus políticas internas, en principio pueden decidir libremente sus usuarios y cómo seleccionar, moderar, privilegiar o silenciar contenidos lícitos.

Así, la diferencia con la perspectiva estadounidense radica principalmente en que este derecho editorial, por así llamarlo, no sería ilimitado y, en consecuencia, la actividad de las plataformas digitales puede quedar sujeta a "deberes y responsabilidades" (art. 10 CEDH) en atención a esa dimensión objetiva de las libertades comunicativas y al resto de derechos que están en juego. Resulta claro, como ha destacado Villaverde Menéndez (2020: 21), que "la función de la libertad de expresión no es proteger el ciberespacio, sino la comunicación pública en el ciberespacio".

Unos "deberes y responsabilidades" que, como estudiaremos a continuación, se han concretado en el marco de la DSA a través del establecimiento de toda una serie de obligaciones donde resultan fundamentales la transparencia, el debido proceso, pero también deberes específicos para mitigar riesgos sistémicos. De hecho, como se verá con más detalle, en el caso de que una plataforma de muy gran tamaño tuviera unas políticas de usuarios muy restrictivas o realizara tratamientos algorítmicos con evidentes sesgos ideológicos, por ejemplo, podríamos plantearnos si podría suponer un riesgo sistémico al comprometer el pluralismo y, por esa vía, que pudiera rescatarse una *fairness doctrine 2.0* que obligara a estas plataformas a realizar un tratamiento algorítmico neutral, al menos en determinados momentos sensibles como los electorales.

Además, aunque la DSA mantiene la prohibición general de que las plataformas digitales no tienen el deber de establecer mecanismos de filtrado o de supervisión general de lo que se difunde a través de las mismas, por lo que en principio no van a ser responsables por los contenidos publicados por terceros, lo cierto es que luego esta cláusula de irresponsabilidad se ve matizada a través de diferentes instrumentos o supuestos, como se señalará a continuación.

Se observa, por tanto, como esta regulación europea al final trata de equilibrar la posición de las plataformas digitales, su libertad y su responsabilidad, con la preservación de unos bienes y valores colectivos y de derechos individuales. Lo cual resulta necesario para conjurar que las plataformas digitales se conviertan en "verdaderos poderes, no como contrapeso al

sea diferente del de los medios impresos y audiovisuales tradicionales, habida cuenta de las diferencias en el tipo de actividad prestada.

Estado -a la manera clásica de los medios de comunicación- sino con funciones propias de éste" (Vazquez Alonso, 2025: 386).

Procedamos ahora a descender de forma algo más concreta para conocer el régimen jurídico ofrecido por la DSA.

La DSA: obligaciones de diligencia debida como defensa de los derechos fundamentales y la libertad de expresión en particular

Según hemos visto, la DSA marca como objeto (artículo 1) crear un entorno en línea seguro, predecible y fiable, en el que se protejan los derechos fundamentales.

Por tanto, esta norma trata de encauzar la actividad que se produce online a través de unos prestadores de servicios intermediarios (entre otros, las plataformas en línea), de forma que estos prestadores guíen su actividad según unas obligaciones de diligencia debida, siempre bajo el principio ya expuesto de exención de responsabilidad. Y estas obligaciones de diligencia debida se justifican en base a unos objetivos de interés público, entre los que se halla la protección de los derechos fundamentales, como recoge el considerando 41 de la norma.

La DSA recoge repetidas veces la libertad de expresión como uno de los derechos fundamentales a proteger. Sin embargo, es precisamente la defensa a esta libertad la que se plantea como uno de los ejes de debate en torno a la DSA. Y es que, como hemos visto, la DSA busca tutelar espacios abiertos a la libre comunicación, pero también contempla intervenciones que pueden condicionar la misma. De ahí que surja la pregunta acerca de si esta esta norma está de verdad llamada a proteger la libertad de expresión o es más bien una herramienta de censura de los Estados en un entorno hasta el momento libre. Así, desde algunos sectores se viene acusando a la DSA como una herramienta de censura, que se promueve desde las instituciones europeas con la excusa de la lucha contra el discurso de odio y la desinformación[8]. Sin ir tan lejos, ciertos autores han apuntado a la necesaria cautela a adoptar con respecto a algunos instrumentos recogidos en la norma, que podrían traducirse en formas de *censura vicarial*. Se trata de supuestos en los que, como ha advertido Barata Mir (2022: 101), "las plataformas son forzadas a convertirse en un instrumento de aplicación de normas jurídicas", de forma que "no estarán ya actuando como meros sujetos privados, sino como intérpretes y ejecutores, *ex lege*, de la delimitación nada más y nada menos que del legítimo ejercicio de un derecho fundamental". Es lo que puede ocurrir cuando la legislación contempla mecanismos que apoderan a los poderes públicos (en particular, autoridades administrativas y policiales) para señalar contenidos concretos *invitando* a las redes sociales a que los bloqueen.

De ahí que para poder afrontar estas cuestiones en torno a la interrelación entre DSA y libertad de expresión sea conveniente tener presente las dos dimensiones antes destacadas: por una parte, una de las metas de la DSA es generar herramientas para facilitar la lucha contra el contenido ilícito online (que lo que esté prohibido offline no pueda circular libremente online). A nivel mediático, existe cierta tendencia a criticar este tipo de herramientas en la medida en que pueden dar lugar a censura o fricciones con la libertad de expresión de los propios

[8] Exclusive: Rubio orders US diplomats to launch lobbying blitz against Europe's tech law | Reuters

usuarios. No es algo que ignore el legislador: en varios de los considerandos de la DSA (por ejemplo, considerandos 22 o 51) se pone de manifiesto que la acción contra el contenido ilícito ha de respetar los derechos fundamentales de los destinatarios del servicio, incluido el derecho a la libertad de expresión e información.

Por otra parte, la DSA establece una serie de normas de diligencia debida en relación con la moderación de contenidos que, precisamente, tratan, entre otras cuestiones, de proteger esa libertad de expresión e información de los usuarios. En particular, el considerando 45 recoge la necesidad de establecer estas normas por motivos de transparencia y protección de los destinatarios del servicio y para evitar resultados injustos o arbitrarios, aunque preservando la libertad contractual de los prestadores de servicios intermediarios.

En cuanto a la lucha contra el contenido ilícito, en varios de los considerandos de la DSA se recoge la necesidad de establecer normas armonizadas que aborden la difusión de contenidos ilícitos en línea (por ejemplo, considerandos 2 y 9). Se trata de garantizar un entorno en línea seguro, predecible y digno de confianza – entendiendo que la difusión de estos contenidos puede generar riesgos para la sociedad.

A este respecto, las principales herramientas que plantea la DSA para luchar contra el contenido ilícito son las siguientes:

El artículo 9 establece, en relación con las órdenes de retirada de contenido ilícito que emiten autoridades judiciales o administrativas nacionales competentes, una serie de requisitos de dichas órdenes y obligaciones de información a las plataformas, para garantizar que esas órdenes puedan cumplirse de manera efectiva y eficiente, de modo que las autoridades públicas afectadas puedan desempeñar su cometido y los prestadores no se vean sometidos a cargas desproporcionadas, sin afectar indebidamente a los derechos e intereses legítimos de terceros.

El artículo 16 recoge la obligación de establecer un mecanismo de notificación y acción, que permita a personas físicas o entidades notificarles de la presencia de contenido ilícito en su servicio. De esta forma, se da relevancia a la función que los usuarios pueden cumplir en la lucha contra el contenido ilícito.

En esta misma línea, en el artículo 22 se reconoce el papel que los alertadores fiables han de jugar como aliados importantes en la detección del contenido ilícito. Las notificaciones de contenido ilícito de estos alertadores, previamente certificados por los Coordinadores de servicios digitales, han de ser tratadas de forma prioritaria por las plataformas en línea.

Más allá de las posibles sanciones que se pudieran derivar del incumplimiento por las plataformas de estas obligaciones específicas, estos mecanismos pueden conllevar el levantamiento de la exención de responsabilidad para las plataformas por los contenidos alojados en las mismas, eje central sobre el que pivota la DSA, como ya se ha mencionado anteriormente.

Ahora bien, una vez identificados los mecanismos – algunos novedosos, otros simplemente sistematización o respaldo a instrumentos jurídicos ya existentes – el siguiente paso es analizar la posible erosión de la libertad de expresión como consecuencia de la aplicación de estos.

Sin duda, el empleo de estas herramientas va a conllevar el eliminar contenido de las plataformas. Eso sí, como se dijo, es evidente que este contenido ha de tener las mismas restricciones que en el mundo "real": lo que no está permitido "offline" no ha de poder circular libremente online. El problema es que en muchos casos existen supuestos límites, zonas grises en las que no está del todo claro cuándo un contenido es ilícito. Casos como la eliminación de contenido de pornografía infantil o infracción de derechos de propiedad intelectual suelen ser fáciles de evaluar, pero hay otros supuestos complejos como serían las notificaciones referidas a discurso de odio o desinformación, pero también contenidos que podrían, por ejemplo, ser constitutivos de delito de calumnias, cuyo análisis es más complejo y sobre los que es necesario realizar una serie de apuntes ante los efectos que puede llegar a tener el nuevo régimen jurídico.

Por un lado, hay que recordar que la DSA no establece qué contenido es ilícito; el contenido es ilícito en la medida en que una norma de un estado miembro o la UE así lo determine[9]. Y todas las leyes de la UE (tanto nacionales como comunitarias) que determinen qué contenido es ilícito no pueden restringir indebidamente la libertad de expresión, sino que han de cumplir con la Carta de Derechos Fundamentales de la UE que consagra el derecho a la libertad de expresión, de información y de opinión para todos los ciudadanos de la UE, el cual está igualmente preservado en las constitucionales nacionales. En consecuencia, la determinación de los contenidos ilícitos puede estar sujeta a control jurisdiccional si se limitara excesivamente o de forma desproporcionada las libertades comunicativas.

Por otra parte, siguiendo a Presno (2020: 69), "las "reglas" de Internet y de las redes sociales no son, a priori, diferentes a las que operan cuando se ejerce la libertad de expresión por otras vías". En particular, expone que es suficiente acudir a las previsiones de la Constitución Española (artículo 20.4), donde se dispone que las libertades de expresión y comunicación tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en ese mismo título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, "en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".

Y también desde una perspectiva procedimental debemos entender que la calificación de un contenido expresivo como ilícito por violar otros derechos o bienes constitucionales entonces deberá ser una autoridad judicial la que la decida[10].

Cuestión distinta es cuando sin esta intervención judicial previa sean las plataformas digitales las que decidan moderar un contenido por considerarlo aparente o potencialmente ilícito o, incluso, cuando sean moderados en aplicación de las políticas internas de la propia plataforma. De hecho, respecto a las previsiones de la DSA relacionadas con la moderación de contenidos de las plataformas, el primer Informe de la Junta Europea de Servicios Digitales sobre el artículo 35.2[11], al que nos referiremos posteriormente, ya recoge la idea de que,

[9] Ver considerando 12 de la DSA.

[10] Tal y como se contempla en los art. 8 y 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, y se ha manifestado el Tribunal Supremo en su sentencia 3405/2022 (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 3 de octubre de 2022 (recurso 6147/2021) ECLI:ES:TS:2022:3405

[11] https://ec.europa.eu/newsroom/dae/redirection/document/121707

más allá del marco de mitigación de riesgos, la DSA incluye una serie de salvaguardias para proteger el derecho a la libertad de expresión e información online.

Se trata tanto de mecanismos que pretenden arrojar transparencia sobre las decisiones de moderación de contenidos de las plataformas: obligaciones de información sobre sus políticas y sus actividades de moderación de contenidos, como de mecanismos para permitir a los destinatarios del servicio reclamar frente a dichas actividades – tanto internamente, frente a la plataforma, como externamente, frente a órganos extrajudiciales de resolución de litigios.

Aunque se reconoce que la moderación de contenidos es legítima – como un ejercicio de su libertad contractual[12], se establecen mecanismos para garantizar los derechos de usuarios – que efectivamente protegen su libertad de expresión.

Por último, para valorar la afectación de esta normativa a las libertades comunicativas hay que considerar también que un elemento fundamental de la regulación son las obligaciones específicas establecidas a las plataformas y motores de búsqueda en línea de muy gran tamaño (VLOPSEs, por sus siglas en inglés) en relación con los riesgos sistémicos.

En efecto, la DSA recoge una herramienta, que, a diferencia de las anteriores, es un instrumento *ex ante*, y solo aplicable a las mencionadas VLOPSEs. El alcance que este tipo de prestadores tiene para facilitar el debate público, las transacciones económicas y la difusión al público de información, opiniones e ideas y para influir en la forma en que los destinatarios obtienen y comunican información en línea, justifica la imposición de obligaciones específicas. Desde esta perspectiva, la DSA ha adoptado un sistema basado en riesgos estableciendo en sus artículos 34 y 35 obligaciones de evaluación y reducción de riesgos sistémicos.

Las plataformas han de detectar, analizar y evaluar los riesgos sistémicos derivados del diseño o funcionamiento de su servicio y de los sistemas relacionados (como los sistemas algorítmicos), o del uso de sus servicios. Entre las cuatro categorías de riesgos que las plataformas han de evaluar se encuentra, por un lado, el relativo a la difusión de contenido ilícito y, por otro, el que se refiere a los efectos reales o previsibles de sus servicios para el ejercicio de los derechos fundamentales, citando expresamente, la libertad de expresión e información, entre ellos.

A la luz de dicha evaluación, las plataformas han desplegar los medios necesarios para reducir diligentemente los riesgos sistémicos detectados (como adaptación de sus condiciones generales o de sus sistemas de moderación de contenidos, entre otras medidas), respetando los derechos fundamentales, con especial atención al impacto que dichas medidas puedan tener en la libertad de expresión.

Como se ha señalado anteriormente, en cumplimiento del artículo 35.2, el 18 de noviembre de 2025, la Junta Europea de Servicios Digitales en cooperación con la Comisión Europea, aprobó el primer Informe sobre riesgos sistémicos y medidas de mitigación que incluye la evaluación de los riesgos sistémicos más destacados y recurrentes notificados por los VLOPSE y las buenas prácticas para reducir los mismos.

[12] Ver considerando 45 de la DSA.

Como se indica al comienzo del informe, el marco de gestión de riesgos es una piedra angular del DSA y, como tal, constituye una herramienta para apoyar la protección de los derechos fundamentales en línea.

Dentro de la categoría de riesgos relacionados con los derechos fundamentales, el Informe analiza, en primer lugar, el relativo a la libertad de expresión e información. Este tipo de riego ha sido identificado tanto por las VLOPSE como por organizaciones de la sociedad civil que han colaborado en el Informe y se refieren a los sistemas utilizados para difundir o moderar contenidos (por ejemplo, sistemas de recomendación o de moderación) en la medida en que pueden incluir restricciones injustificadas a las posibilidades de los usuarios de expresarse en línea y riesgos de falta de acceso a una pluralidad de opiniones.

Como riesgos concretos se señalan, entre otros, la sobremoderación, la manipulación intencionada de los servicios mediante ataques coordinados de los mecanismos de denuncia de contenido ilícito con el fin de intimidar o silenciar discursos lícitos y desincentivar la participación; en materia de sistemas de recomendación, no recomendar el contenido de determinados grupos (por ejemplo, personas con discapacidad, minorías religiosas o étnicas) o hacerlo en menor medida que otros.

Dentro de las medidas para mitigar los riesgos, el Informe, en esta primera edición, incluye ejemplos de buenas prácticas que están llevando a cabo las VLOPSE y otras propuestas por organizaciones de la sociedad civil. Cabe citar en el ámbito de la moderación de contenidos, la realización periódica de auditorías y revisiones internas y externas de las políticas de moderación de contenidos y de su aplicación, así como las evaluaciones sobre cómo otras obligaciones legales distintas del DSA pueden afectar a sus prácticas de moderación.

En este punto, resulta de especial interés la reciente sentencia del Tribunal General de la UE Amazon EU/Comisión[13], en la que se desestima el recurso interpuesto por Amazon EU contra la Decisión de la Comisión Europea por la que se designó a la plataforma Amazon Store como VLOP. Además de tratarse de una de las primeras sentencias sobre la DSA, su importancia radica en el hecho de que el TGUE se pronuncia sobre la conformidad a Derecho de dicha designación (que conlleva el cumplimiento de obligaciones adicionales para este tipo de prestadores) con una serie de derechos fundamentales, entre ellos, la libertad de expresión e información.

La demandante considera que la designación como VLOP, en la medida en que le impone la obligación del artículo 38[14], vulnera la libertad de expresión e información consagrada en el artículo 11, apartado 1 de la Carta al menoscabar la libertad de expresión comercial de Amazon Store. El TGUE, tras reconocer que el artículo 38 DSA constituye una injerencia en la libertad de expresión y de información de las plataformas de comercio, manifiesta que dichos derechos han de considerarse según su función en la sociedad, y que cualquier limitación a los mismos debe ser establecida por ley, respetar su contenido esencial, ser necesaria,

[13] Sentencia del Tribunal General de 19 de noviembre de 2025, Amazon EU/ Comisión, T-367/23, EU:T:2025:1038

[14] Obligación de ofrecer al menos una opción para cada uno de sus sistemas de recomendación que no se base en la elaboración de perfiles.

proporcionada y responder a objetivos de interés general.[15] El TGUE concluye afirmando que se cumplen los citados requisitos y que, por tanto, el artículo 38 no infringe la libertad de expresión e información al ser fruto de una ponderación entre aquélla y la protección de los consumidores[16].

3. Conclusiones

A lo largo del presente trabajo hemos tratado de presentar cómo la nueva normativa europea de las plataformas digitales, lejos de ser un instrumento liberticida, ofrece un marco normativo que pretende equilibrar las libertades y valores en juego en aras de preservar una esfera pública digital robusta, abierta y plural.

La definición de aquello que sea contenido ilícito permanece extramuros de la DSA, por lo que ahí no hay novedades en cuanto al régimen jurídico de la libertad de expresión.

Lo que sí que aporta la normativa europea es una serie de deberes de diligencia debida que obligan a una gestión transparente y con garantías, respetando un debido proceso, en la actividad de moderación de contenidos que realizan las plataformas digitales. Sobre todo, porque estas decisiones de tratamiento de los contenidos suponen una injerencia en las libertades comunicativas de los usuarios y pueden comprometer el pluralismo y el carácter abierto de la esfera pública digital. De ahí que, como se ha visto, sea también muy importante ver cómo se va a implementar el régimen establecido para mitigar riesgos sistémicos para las VLOPs.

Y, de igual forma, habrá que evaluar con cautela hasta qué punto los distintos mecanismos previstos por la DSA pueden terminar estimulando un cierto celo censor de las plataformas digitales hacia contenidos no necesariamente ilícitos, aquellos que, como dijimos, se encuentran en zonas grises.

Estamos, por tanto, ante un paradigma regulatorio innovador que supone un primer paso en la constitucionalización de la esfera pública digital, para que al menos en el espacio europeo esta no sea una selva, pero que, al mismo tiempo, presenta indudables desafíos en su implementación y desarrollo que habrá que ir analizando conforme la misma sea aplicada con plenitud.

Bibliografía

BALKIN, J. M. «Free speech is a triangle», *Columbia Law Review*, vol. 118, 2018, pp. 2011-2056.

BARATA MIR, J. «Libertad de expresión, regulación y moderación privada de contenidos», *Teoría y Derecho*, n.º 32, 2022, pp. 88-107.

CARUSO, C. «Il tempo delle istituzioni di libertà. Piattaforme digitali, disinformazione e discorso pubblico europeo», *Quaderni costituzionali*, n.º 3, 2023, pp. 543-567.

[15] Apartados 168, 169 y 173 de la sentencia del TGUE

[16] La sentencia ha sido recurrida en casación ante el TJUE (asunto C-47/26)

GARTON ASH, T. *Free speech: Ten principles for a connected world*, Yale University Press, Londres, 2016.

HABERMAS, J. *A new structural transformation of the public sphere and deliberative politics*, Polity Press, Cambridge, 2023.

KOLTAY, A. *New media and freedom of expression: Rethinking the constitutional foundations of the public sphere*, Hart, Oxford, 2019.

LESSIG, L. *El código 2.0*, Traficantes de sueños, Madrid, 2009.

PRESNO LINERA, M. Á. «La libertad de expresión en Internet y las redes sociales: análisis jurisprudencial», *Revista Catalana de Dret Públic*, n.º 61, 2020, pp. 65-82.

TERUEL LOZANO, G. M. «Libertad de expresión, censura y pluralismo en redes sociales: algoritmos y el nuevo paradigma regulatorio europeo», en BALAGUER CALLEJÓN, F. y COTINO HUESO, L. (eds.), *Derecho público de la inteligencia artificial*, Fundación Manuel Giménez Abad, Zaragoza, 2023, pp. 181-222.

VÁZQUEZ ALONSO, V. J. «La censura 'privada' de las grandes corporaciones digitales y el nuevo sistema de la libertad de expresión», *Teoría y Derecho: Revista de pensamiento jurídico*, n.º 32, 2022, pp. 108-129.

VÁZQUEZ ALONSO, V. J. «La obsolescencia -probable- de la Primera Enmienda en el ecosistema digital. Sobre la naturaleza jurídica (y política) de las redes sociales en Estados Unidos», *Teoría y Realidad Constitucional*, n.º 55, 2025, pp. 383-421.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, I. *Los poderes salvajes: ciberespacio y responsabilidad por contenidos difamatorios*, Marcial Pons, Madrid, 2020.



CNMC
COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA