

ANUARIO  
DE LA  
COMPETENCIA  
2007



fundación



*fundación*



**UAB**  
Universitat Autònoma de Barcelona

**Marcial Pons**

### **El Anuario de la Competencia 2007**

forma parte de una colección iniciada en el año 1996 y que tiene su continuidad en los años posteriores (1997-2006).

El **Anuario de la Competencia** cumple esencialmente dos objetivos: promover el debate y la reflexión sobre la competencia, tanto desde una vertiente económica como jurídica, y servir a todos los que por distintos motivos se acercan a la libre competencia como fuente de información periódica y actualizada.

Para la consecución de estos objetivos, el **Anuario** recoge aportaciones de destacados especialistas que analizan cuestiones importantes para el desarrollo de la competencia que han sido relevantes en el año 2007, comentarios de casos concretos dictados en este año.







ADMINISTRACIÓN DE LA EDUCACIÓN

DE

LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2007

## ANUARIO DE LA COMPETENCIA

2007

1	Presentación
2	Introducción
3	Objetivos
4	Metodología
5	Resultados
6	Conclusiones
7	Bibliografía
8	Índice
9	Índice de autores
10	Índice de materias
11	Índice de palabras clave
12	Índice de figuras
13	Índice de tablas
14	Índice de cuadros
15	Índice de anexos
16	Índice de referencias
17	Índice de citas
18	Índice de notas
19	Índice de agradecimientos
20	Índice de dedicatorias
21	Índice de prólogos
22	Índice de preámbulos
23	Índice de discursos
24	Índice de resoluciones
25	Índice de decretos
26	Índice de leyes
27	Índice de tratados
28	Índice de convenios
29	Índice de acuerdos
30	Índice de resoluciones de la Comisión de la Ciudad
31	Índice de resoluciones de la Comisión de la Ciudad de Buenos Aires
32	Índice de resoluciones de la Comisión de la Ciudad de Buenos Aires de la Secretaría de Educación
33	Índice de resoluciones de la Comisión de la Ciudad de Buenos Aires de la Secretaría de Educación de la Dirección General de Planeación y Evaluación
34	Índice de resoluciones de la Comisión de la Ciudad de Buenos Aires de la Secretaría de Educación de la Dirección General de Planeación y Evaluación de la Dirección General de Planeación y Evaluación
35	Índice de resoluciones de la Comisión de la Ciudad de Buenos Aires de la Secretaría de Educación de la Dirección General de Planeación y Evaluación de la Dirección General de Planeación y Evaluación de la Dirección General de Planeación y Evaluación

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2007

Dirección  
Lluís CASES

*Profesor Titular de Derecho Administrativo  
Universidad Autónoma de Barcelona*

*Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios*

Coordinación

Cristina PELLISÉ DE URQUIZA

*Catedrática de Escuela Universitaria de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Barcelona*

## Colaboran en el Anuario de la Competencia 2007

**LUIS BERENGUER FUSTER**

*Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia*

**INMACULADA GUTIÉRREZ CARRIZO**

*Consejera de la Comisión Nacional de la Competencia*

**CRISTINA PELLISÉ**

*Vocal del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia  
Catedrática EU de Derecho internacional privado  
Universitat de Barcelona*

**CARMEN LENCE REIJA**

*Inspectora Jefe de la Competencia  
Comisión Nacional de la Competencia*

**JOSÉ LUIS BUENDÍA SIERRA**

*Abogado, Garrigues*

**JAIME PÉREZ-BUSTAMANTE**

*Socio, Linklaters*

**FREDRIK LÖWHAGEN**

*Abogado, Linklaters*

**SERGIO PÉREZ SAIZ**

*Técnico Comercial y Economista del Estado  
Subdirección de Sociedad de la Información,  
Dirección de Investigación  
Comisión Nacional de Competencia*

**CHRISTIAN GARMA SANTANDER**

*Inspector Jefe de Competencia  
Subdirección de Servicios*

**DIEGO CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ**

*Asesoría Jurídica  
Comisión Nacional de la Competencia*

**EDUARDO SALINAS**

*Subdirector de Régimen de Competencia  
Comisión Nacional de la Energía*

**NATURA GRÀCIA MALFEITO**

*Abogado, Linklaters LLP, London*

**JUAN ESPINOSA GARCÍA**

*Subdirector de Relaciones con las Administraciones  
Públicas en la Dirección de Promoción de la Competencia  
de la Comisión Nacional de la Competencia  
Comisión Nacional de la Competencia*

**JUAN MANUEL CONTRERAS DELGADO DE COS**

*Subdirector Adjunto en la SG de Relaciones con las AAPP  
DG de Promoción de la Competencia  
Comisión Nacional de la Competencia*

**JOAQUÍN LÓPEZ VALLÉS**

*Subdirección de Servicios, Dirección de Investigación  
Comisión Nacional de la Competencia*

# ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2007

DIRECCIÓN

**LLUÍS CASES**

Profesor Titular de Derecho Administrativo

Universidad Autónoma de Barcelona

Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

FUNDACIÓN ICO

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES

2008

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

© Fundación ICO

© MARCIAL PONS  
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.  
San Sotero, 6 - 28037 MADRID

☎ (91) 304 33 03

[www.marcialpons.es](http://www.marcialpons.es)

ISBN: 978-84-9768-611-2

Depósito legal: M-53.465-2008

Diseño de la cubierta: n estudio gráfico

Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.

Impresión: TOP PRINTER PLUS

C/ Pto. Guadarrama, 48 - Pol. Ind. Las Nieves - 28935 Móstoles (Madrid)  
MADRID, 2008

## SUMARIO

	<u>Pág.</u>
Presentación (Presidente ICO) .....	9
 <b>PRIMERA PARTE. ESTUDIOS</b>	
Consideraciones sobre la reforma del régimen de control de concentraciones (Luis BERENGUER FUSTER) .....	15
Criterios sustantivos del control de concentraciones en la Ley 15/2007 (Inmaculada GUTIÉRREZ CARRIZO) .....	51
Las conductas de menor importancia en la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia (Cristina PELLISÉ) .....	71
Denunciantes e interesados en los procedimientos de persecución de conductas anticompetitivas (Carmen LENCE REIJA) .....	105
Escribir derecho con renglones torcidos: política de competencia y servicios de interés económico general en el Tratado de Lisboa (José Luis BUENDÍA SIERRA) .....	129
El sistema de clemencia en la nueva Ley de Defensa de la Competencia (Jaime PÉREZ-BUSTAMANTE y Fredrik LÖWHAGEN) .....	139
Separación funcional y separación estructural de redes y servicios en los sectores eléctrico y de las telecomunicaciones. Recientes propuestas de la Comisión Europea (Sergio PÉREZ SAIZ) .....	179
Perspectiva de la política de la competencia respecto a los sistemas de medios de pago (Christian GARMA SANTANDER) .....	211
Las autoridades de defensa de la competencia como <i>amicus curiae</i> . Una perspectiva internacional (Diego CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ) .....	235
Comentario de algunas novedades en materia de regulación y competencia en el sector eléctrico durante el ejercicio 2007 (Eduardo SALINAS) .....	261

## SEGUNDA PARTE. COMENTARIOS DE RESOLUCIONES Y SENTENCIAS

Private actions for breaches of competition law in the UK: the Court's approach and the OFTS's recommendations (Natura GRÀCIA MALFEITO).....	295
Comentarios a la nueva regulación italiana sobre derechos audiovisuales futbolísticos (Juan ESPINOSA GARCÍA).....	319
Amortización fiscal del fondo de comercio financiero: ¿Política fiscal o ayuda de Estado? (Juan Manuel CONTRERAS DELGADO DE COS).....	341
Los precios excesivos como abuso de posición de dominio: el caso <i>Canarias de explosivos</i> (Joaquín LÓPEZ VALLÉS).....	361

## TERCERA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

Unión Europea.....	377
Europa no comunitaria.....	379
América.....	380
Asia y Australia.....	381
África.....	381
Organizaciones internacionales.....	381
Otras direcciones de interés.....	382



## PRESENTACIÓN

*Como en ediciones anteriores de este Anuario de la Competencia, debo comenzar estas líneas con el merecido reconocimiento hacia la labor desahogada por el profesor Lluís Cases, quien, con el apasionamiento lógico que se deriva de los años dedicado a esta materia, ilumina nuevamente esta edición y se encarga de aunar, bajo su dirección, los esfuerzos y conocimientos de profesionales de prestigio, que con gran generosidad comparten el resultado de sus años de estudio e investigación con su participación en esta edición, aportando el reconocimiento y éxito de sus trabajos y publicaciones a esta obra.*

*Son ya doce las ediciones realizadas por la Fundación ICO de este Anuario de la Competencia, empeñada año tras año en mejorar las espléndidas ediciones anteriores, buscando una perfección que, por veterana, entendíamos ya alcanzada.*

*Esta última edición del Anuario se divide en tres secciones, una primera parte sobre estudios; una segunda con comentarios de resoluciones y sentencias; y una tercera con direcciones de Internet de utilidad en todo el mundo. La amplitud de los estudios y comentarios complica que pueda realizar una merecida referencia a todos ellos, si bien inspiran la reflexión con la que surgen estas líneas y su deliberado reflejo comparativo con la Institución que presido.*

*El ejercicio 2007 ha resultado, como ya se advertía en la presentación de este mismo anuario de 2006, un año legislativamente productivo para la materia. La entrada en vigor de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en septiembre de 2007, culmina el importante esfuerzo realizado por la Comisión para adaptar la normativa a un entorno empresarial cada vez más sofisticado. Además, aquellas cuestiones importantes que quedaron pendientes de desarrollo reglamentario, fueron finalmente recogidas en el nuevo Reglamento de Defensa de la Competencia que, dentro del plazo de seis meses contenido en la disposición final segunda de la Ley, resultó aprobado el 22 de febrero del presente 2008.*

*Durante el año transcurrido desde la publicación de la nueva normativa, se han leído y oído algunas críticas respecto a algunos aspectos concretos de la misma, si bien en todo caso destaca la valoración positiva que de ellas puede extraerse, máxime tras el importante éxito que esta disci-*



*plina acumula y la ventaja que supone despertar una revolución tranquila que constructivamente contribuirá a su actualización constante, y resultará precisa para alcanzar una necesaria capacidad de anticipación.*

*Esta articulación de las normas nacionales, adaptadas al orden establecido desde la perspectiva comunitaria e internacional, supone también un importante desafío para el mundo empresarial, que debe asumir los cambios y acomodarse a la nueva legislación, encargada de velar por la competitividad de la economía. Es por ello, que la Ley de Defensa de la Competencia nace con un objetivo claramente definido: garantizar la existencia de una competencia suficiente y protegerla frente a todo ataque contrario al interés público.*

*El entorno en el que se desarrolla la actividad económica viene a determinar el contenido de las reglamentaciones y actuaciones que acotan las conductas, no escapando a este principio general de comportamiento las reglas de defensa de la competencia. Son muchas las actuaciones que podrían calificarse como objeto de análisis desde el prisma de la competencia, y entiendo que deberá extremarse el seguimiento cuando las actuaciones necesarias para reparar posibles perjuicios causados por acontecimientos excepcionales se encuentran tan globalizadas como diseminadas en planes nacionales, comunitarios o internacionales. Esta compatibilidad de las actuaciones a acometer con el mercado común, deben garantizar el mantenimiento de las condiciones de los intercambios con el interés común, cesando las posibles medidas excepcionales tan pronto como resulten innecesarias.*

*Como no podía ser de otra manera, desde el Instituto de Crédito Oficial vivimos los avatares del sistema financiero con inquietud colaboradora, y son momentos como estos en los que se encuentra inmersa la economía mundial, en los que la figura de instituciones públicas, como el ICO, adquieren un protagonismo que en muchas ocasiones supera su propia esencia, si bien ayudan a consolidar la figura del Instituto como entidad de crédito pública, en total armonía y sin ánimo competitivo, con el resto del sistema financiero. En definitiva, vemos aplicado, en la mejor de sus acepciones, el principio del inversor privado en una economía de mercado, pues cuando actúa el ICO, en su vertiente como banco público de inversión, se coloca siempre en la situación de una empresa privada guiada por la misma perspectiva. En este mismo sentido, la otra vertiente del Instituto, la de Agencia Financiera del Estado, respeta escrupulosamente las directrices centrales de la Comisión y especialmente aquellas recogidas en la conocida locución latina de *minimis*, contenida en la nueva regulación de las conductas de menor importancia.*

*Es este hábitat económico y las proyecciones que sobre el mismo realizamos a diario, los que condicionarán las distintas iniciativas que, desde el Gobierno, pudieran adoptarse, y en virtud de las mismas habrá de adaptarse la actividad encomendada a las instituciones públicas encargadas de ejecutar estos mandatos.*

*La evolución es continua, y las aspiraciones de transparencia y mejora incesante traen, desde la Comisión Europea, nuevos proyectos de revisión de la normativa antitrust, que ya han dado lugar a la publicación de un nuevo Libro Blanco, con propuestas que llevan a potenciar la acción por parte de empresas y consumidores perjudicados. En definitiva, lo que se está demandando es una cultura de la competencia, consecuencia de la unión de los consumidores y empresas con las autoridades encargadas de la tutela de la competencia efectiva. Una fuerza común que, como antes se comentaba, contribuirá a mejorar la anticipación extendiendo los canales de comunicación que hacen falta para hacer justicia.*

*La Fundación ICO decidió colaborar activamente en la apasionante tarea de investigación sobre la defensa de la competencia publicando este Anuario con la intención de alcanzar una doble misión. Por un lado, cumplir con su decidida vocación como editora de publicaciones de interés general, y por otro contribuir a que el interesado por el tema de la defensa de la competencia en España pueda disponer de una orientación general, a la vez que una herramienta de máximo rigor en esta disciplina. Ambos objetivos se superan año tras año, y la consolidación que el sistema de competencia viene alcanzando ayuda a dibujar en el horizonte de la defensa de la competencia las necesarias y obligadas referencias a este Anuario, tan veterano como imprescindible.*

Madrid, 22 de octubre de 2008

Aurelio MARTÍNEZ ESTÉVEZ  
Presidente del Instituto de Crédito Oficial



CONSEJO DE ESTUDIOS DE ECONOMÍA SOCIAL

# PRIMERA PARTE

## ESTUDIOS

Por D. José María Sánchez

Publicado en el Boletín de Estudios de Economía Social

### INTRODUCCIÓN

El presente estudio de la evolución de la Demografía de las Comunidades Autónomas de España, en los últimos veinte años, se divide en dos partes. La primera parte, que constituye el objeto de este estudio, se refiere a la evolución de la población total de las Comunidades Autónomas de España, en los últimos veinte años, y a la evolución de la población de las Comunidades Autónomas de España, en los últimos veinte años. La segunda parte, que constituye el objeto de otro estudio, se refiere a la evolución de la población de las Comunidades Autónomas de España, en los últimos veinte años, y a la evolución de la población de las Comunidades Autónomas de España, en los últimos veinte años.

El presente estudio de la evolución de la Demografía de las Comunidades Autónomas de España, en los últimos veinte años, se divide en dos partes. La primera parte, que constituye el objeto de este estudio, se refiere a la evolución de la población total de las Comunidades Autónomas de España, en los últimos veinte años, y a la evolución de la población de las Comunidades Autónomas de España, en los últimos veinte años. La segunda parte, que constituye el objeto de otro estudio, se refiere a la evolución de la población de las Comunidades Autónomas de España, en los últimos veinte años, y a la evolución de la población de las Comunidades Autónomas de España, en los últimos veinte años.





# CONSIDERACIONES SOBRE LA REFORMA DEL RÉGIMEN DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

Luis BERENGUER FUSTER

Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia\*

## 1. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la nueva Ley de Defensa de la Competencia (Ley 15/2007, de 3 de julio), y su entrada en vigor el primero de septiembre de 2007 ha supuesto un hito de suma importancia para el Derecho de la competencia español. Igualmente a partir del primero de septiembre del pasado año ha iniciado sus tareas la nueva Autoridad, la Comisión Nacional de la Competencia, y a la hora de redactar estas líneas ya se pueden hacer ciertas consideraciones acerca de su funcionamiento. Estas circunstancias hacen aconsejable que, a la hora de analizar cuestiones relacionadas con nuestra nueva normativa en materia de competencia resulte especialmente sugerente realizar una reflexión sobre la regulación de la nueva Ley en materia de control de concentraciones. Y ello por dos razones fundamentales. En primer lugar, porque es precisamente en ese campo donde las novedades de la Ley 15/2007 han resultado más significativas. Y en segundo término, porque es en ese capítulo donde se pueden extraer más consecuencias de la tramitación de expedientes ya concluidos. En efecto, la propia Ley 15/2007 ha establecido en su Disposición Transitoria Primera que los expedientes, tanto de conductas como de control de concentraciones, se tramitarán con arreglo a las disposiciones vigentes en el momento de su inicio, y ello conlleva que hasta el momento no haya concluido ningún expediente de conductas que haya sido tramitado con arreglo a la nueva Ley, evidentemente por su mayor duración (dieciocho meses)<sup>1</sup>. No ocurre otro tanto con los expedientes de concentración ya que, al tener una duración prevista de entre uno y tres meses, ya existe un buen número de expedien-

\* Naturalmente, las opiniones expresadas en el texto son personales y no vinculan a la CNC. Agradezco a Marta BARDÓN FERNÁNDEZ-PACHECO la colaboración que me ha prestado en este trabajo, en especial en la tarea más ingrata: la corrección final.

<sup>1</sup> Resulta obvio que en el texto me estoy refiriendo a expedientes sancionadores que hayan concluido con una resolución distinta a las de archivo o sobreseimiento.

tes cuya tramitación ha concluido, y por lo tanto ya se pueden obtener algunas conclusiones sobre la aplicación del nuevo sistema.

El Capítulo II del Título I de la Ley, dedica cuatro arts. (del 7 al 10, ambos inclusive) a los aspectos sustantivos de la materia relativa al control de concentraciones (definición, ámbito de aplicación, obligación de notificar y criterios de valoración). Por su parte, los aspectos relativos al procedimiento quedan regulados en el Capítulo III del Título IV (del art. 55 al 60).

Vaya por delante que no se pretende realizar un análisis pormenorizado de la totalidad de las cuestiones que puedan resultar afectadas por la nueva regulación en materia de concentraciones, sino, exclusivamente, plantear los aspectos más significativos que resultan modificados en la nueva Ley, y, en cierta medida, observar cómo, en los expedientes hasta el momento tramitados, tales cambios han tenido incidencia. Se analizarán, en consecuencia, aspectos relacionados con el concepto de concentración, con los umbrales de notificación, con la suspensión de ejecución de la operación [con especial consideración de los supuestos en los que coincide una concentración notificada con un expediente de oferta pública de adquisición de valores (OPA) ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), y finalmente otras cuestiones referidas al procedimiento (con especial mención a las facultades del Gobierno)]. Naturalmente son otras muchas las cuestiones que podrían ser analizadas, pero no resulta descabellado afirmar que éstas se encuentran entre las de mayor trascendencia y por ello constituyen el contenido de este trabajo.

## 2. CONCEPTO DE CONCENTRACIÓN

La Ley 16/1989, en su primitiva redacción, no incluía en su art. 14 ninguna mención relativa al concepto de concentración económica, omisión que fue corregida con ocasión de la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, que introdujo el régimen de notificación obligatoria para las concentraciones. Como consecuencia de la reforma, se estableció que se considerarían concentraciones económicas «aquellas operaciones que supongan una modificación estable de la estructura de control de las empresas». El Reglamento que desarrollaba la Ley en materia de concentraciones<sup>2</sup> introducía en su art. 2.3 el concepto de control, estableciendo que se consideraría que existe relación de control cuando, como consecuencia de la celebración de contratos o la adquisición de derechos, o por cualquier medio exista la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre las actividades de la empresa. La nueva Ley, en su art. 7 y bajo la denominación «Definición de concentración económica» mejora el régimen legal anterior, introduciendo en líneas generales en el texto de la

<sup>2</sup> Aprobado por Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre.



Ley los conceptos de concentración y control anteriormente previstos, que, en definitiva, coinciden con los establecidos en el Reglamento comunitario 139/2004.

De acuerdo con estos conceptos, existe concentración económica cuando concurren dos circunstancias: que exista un cambio de control de la empresa, y que ese cambio tenga carácter estable. Estos dos elementos, conforme se ha indicado, ya se encontraban en el precepto contenido en el art. 14.2 de la anterior Ley, en la redacción dada por la reforma de abril de 1999, por lo que no se produce una modificación sustancial en esa materia. Ahora bien, la delimitación del concepto de concentración no sólo se realiza de forma positiva, es decir, estableciendo los requisitos que deben concurrir para que exista concentración (cambio de control de carácter estable), sino que se delimita también de forma negativa, es decir, estableciendo determinados supuestos en los que, a pesar de concurrir tales requisitos, no existe concentración, y en este apartado, la nueva Ley de Defensa de la Competencia (LDC) introduce modificaciones sobre el régimen anterior. En efecto, a tenor de lo dispuesto en el art. 7.3, no existirá concentración en los siguientes supuestos:

- a) Por la mera redistribución de valores o activos entre empresas del mismo grupo.
- b) La participación financiera de carácter temporal, referida a entidades de crédito, otras entidades financieras y compañías de seguros, que pueden comprar y mantener la propiedad con carácter temporal de acciones por cuenta propia y por cuenta de terceros. La realización de las participaciones deberá realizarse en el plazo de un año desde la adquisición (ampliable por parte de la CNC).
- c) Las operaciones de adquisición, de carácter temporal, de participaciones de otras empresas realizadas por sociedades de participación financiera.
- d) La adquisición de control en virtud del mandato conferido por una autoridad pública con arreglo a la normativa concursal.

En los supuestos previstos en los apartados *b)* y *c)* los titulares de las participaciones no podrán utilizar el derecho de voto para determinar el comportamiento competitivo de la empresa participada.

La Ley 15/2007 introduce igualmente la delimitación del concepto de control, que la Ley anterior había dejado para su inclusión en el Reglamento. Pero el concepto de control, incluido en el art. 7.2 de la nueva Ley, mejora las previsiones del Reglamento de 2001 de desarrollo de la LDC en materia de concentraciones.

A tenor de lo previsto en el art. 7.2, existirá control cuando, por medio de contratos, derechos o cualquier otro medio se ejerza una influencia decisiva sobre la empresa. Y, a continuación se aclara que, para la determinación de la existencia de control, habrá que tener en cuenta «las circunstancias de hecho y de derecho», y en particular existirá control a través de:

- a) Derechos de propiedad o de uso de la totalidad o de parte de los activos de la empresa.
- b) Contratos, derechos o cualquier otro medio que permitan influir decisivamente sobre la composición, deliberaciones o las decisiones de los órganos de la empresa.

En cualquier caso existe cuando concurren los supuestos en los que exista control según la Ley del Mercado de Valores.

Del modelo establecido en la Ley 15/2007 se puede concluir que, aun cuando con el nuevo sistema no se altere sustancialmente el modelo de la Ley anterior, la nueva norma supone una cierta mejora, en la medida que se incluyen ciertos conceptos que, con anterioridad, estaban incluidos en el Reglamento, al tiempo que se sigue el modelo comunitario. A tales efectos, no sólo se incluyen conceptos del Reglamento comunitario, sino incluso otros que habían sido objeto de una simple Comunicación.

### 3. UMBRALES DE NOTIFICACIÓN

El art. 8 de la nueva Ley mantiene el sistema establecido en la Ley de 1989 para el establecimiento del umbral mínimo. Naturalmente existe un umbral máximo, en la medida en la que las concentraciones que alcancen dimensión comunitaria a tenor de los umbrales establecidos en el Reglamento 139/2004 caerán bajo la jurisdicción de la Comisión Europea, salvo que se aplique el mecanismo de reenvío previsto en el art. 9 del Reglamento.

Con independencia de ese umbral máximo, el umbral a partir del cual existe obligación de notificar se determina por la concurrencia de una de las dos condiciones establecidas en el art. 8.1 de la Ley:

- a) Que como consecuencia de la operación se adquiriera o incremente una cuota igual o superior al 30 por 100 del mercado de que se trate<sup>3</sup>.
- b) Que el volumen de negocio en España del conjunto de los partícipes supere en el último ejercicio contable la suma de 240 millones de euros, siempre que al menos dos de los partícipes realicen individualmente en España un volumen de negocio superior a los 60 millones de euros<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> El art. 4 del Reglamento de Defensa de la Competencia contiene algunas normas para la determinación de la cuota de mercado, señalando en su núm. 1 que la cuota de mercado será la suma de las cuotas de las empresas participantes en la operación. En el núm. 2 se señala que existe adquisición de cuota cuando, aun existiendo control previo por parte de la adquirente, se produce un cambio en las características del control, así como cuando, en la creación de una empresa en participación, las matrices aporten todo o parte de su negocio a la entidad de nueva creación.

<sup>4</sup> El art. 5 del Reglamento establece ciertas reglas para el cálculo del volumen de negocios, que no difieren sustancialmente del previamente establecido en el Reglamento de 2001, aunque introduce ciertas mejoras.



El segundo de los umbrales, referido a la cifra de negocios, no supone una modificación de lo previsto en la Ley 16/1989<sup>5</sup>, y el precepto establecido para resolver los problemas derivados del cálculo del volumen de negocios, contenido en el art. 5 del Reglamento<sup>6</sup>, tampoco difiere sustancialmente del régimen del anterior Reglamento.

En cuanto al umbral referido a la cuota de mercado, la nueva Ley modifica el umbral previsto en la Ley 16/1989, que lo establecía en la cuota del 25 por 100. Las razones de esta modificación se pusieron de manifiesto a lo largo de los debates que siguieron a la publicación del Libro Blanco sobre la reforma del sistema español de Defensa de la Competencia. Es bien sabido que el mantenimiento de un umbral basado en cuota de mercado no es habitual en los regímenes de control de concentraciones en los que existe notificación obligatoria, de la misma forma que los organismos internacionales<sup>7</sup> se muestran habitualmente contrarios a su mantenimiento. De igual manera, acostumbra a alegarse que la cuota de mercado es una cifra cambiante y en buenos casos difícil de determinar porque no existen datos al respecto o bien no están al alcance de los notificantes. En el mismo sentido, hay que señalar que la cuota de mercado depende del parámetro que se utilice para su determinación (unidades vendidas, cifra de ventas, por no mencionar que en algunas ocasiones tales como los expedientes relativos a operaciones en el sector de la distribución comercial se emplean las cuotas resultantes de la superficie de los establecimientos comerciales). Por otra parte, la delimitación geográfica del mercado de referencia puede dar lugar a que, en determinados supuestos de mercados locales, algunas operaciones de poca entidad superen el umbral de notificación. Igualmente se puede señalar que la determinación de la cuota de mercado puede plantear especiales problemas en algunos supuestos, tales como el relativo a la creación de una filial común. Como reflejo de estas dificultades, en los debates que siguieron al Libro Blanco,

---

<sup>5</sup> Las cifras de negocios que constituyen los umbrales de notificación no se han variado desde la Ley de 1989 (en pesetas se expresaba la cifra de 40.000 millones de pesetas y un volumen individual de 10.000 millones). La Disposición Final Tercera de la Ley 15/2007, en su punto 3 autoriza al Gobierno para que modifique, mediante Real Decreto, los umbrales establecidos en el art. 8, abriendo la deslegalización a la modificación y actualización de la cifra de negocios.

<sup>6</sup> Aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero. El análisis del art. 5 del Reglamento permite afirmar que se introducen determinadas mejoras respecto de las reglas del art. 3 del Real Decreto 1443/2001, que desarrolla la Ley 16/1989 en materia de control de las concentraciones económicas, en cuestiones relativas al cálculo de la cifra de negocios, mejoras especialmente referidas a la inclusión en la cifra de negocios de las operaciones realizadas a partir del cierre de las cuentas, a la exclusión de las transacciones entre empresas del mismo grupo, a la inclusión de todas las operaciones que tengan lugar en el periodo de dos años, o algunos supuestos especiales como el relativo al supuesto de que alguna de las partícipes fuera un fondo de inversión. La mayor parte de tales indicaciones se han introducido para hacer coincidir las normas con las establecidas en el art. 5 del Reglamento 139/2004 del Consejo, sobre el control de las Concentraciones entre Empresas y los criterios de la Comunicación de la Comisión de 2 de marzo de 1998, sobre el cálculo del volumen de negocios.

<sup>7</sup> Particularmente la International Competition Network y la OCDE se muestran contrarias a establecer un umbral basado en la cuota de mercado por la inseguridad jurídica que se introduce como consecuencia de las dificultades existentes para determinar la cuota de mercado.

no fueron pocas las voces que se oyeron favorables a la desaparición<sup>8</sup> del umbral referido a la cuota de mercado, o bien a su elevación<sup>9</sup>. Finalmente se optó por su mantenimiento, si bien con una ligera elevación hasta la cuota de mercado del 30 por 100.

Pero frente a esa posición, también ha habido un buen número de opiniones que se han manifestado, tanto durante los debates habidos tras la publicación del Libro Blanco como tras la aprobación de la Ley, a favor del mantenimiento del umbral referido a la cuota de mercado<sup>10</sup>. Las razones que motivaron el mantenimiento de la cuota hay que encontrarla en el hecho de que la mayor parte de de las concentraciones que se notifican en España obedecen a la superación del umbral de cuota de mercado, e incluso las operaciones que presentan problemas de competencia y por lo tanto analizadas en segunda fase superan dicha cuota establecida en la Ley, lo cual resulta especialmente relevante en los mercados de servicios, en los que la cifra de volumen de negocios puede ser reducida, sin que ello signifique que no se acumule un considerable poder de mercado. Los datos son bien elocuentes, ya que, conforme se puede apreciar en los cuadros que a continuación se incluyen, incluso después de la modificación consistente en el incremento de la cuota de mercado introducida por la Ley 15/2007, la inmensa mayoría de las operaciones de concentración notificadas en los últimos años lo han sido por superar el umbral de cuota de mercado.

---

<sup>8</sup> Como ejemplo de lo debatido de la cuestión, resultan significativos los comentarios conjuntos que una serie de despachos españoles (Garrigues, Gómez-Acebo & Pombo, Martínez Lage, y Uría & Menéndez) formularon al Libro Blanco, en los que se señalaron que el mantenimiento de la cuota de mercado era una cuestión polémica, sobre la que los propios alegantes conjuntos mantenían opiniones divergentes, mientras unos abogaban por su supresión, otros se mostraban conformes con su mantenimiento. Con posterioridad, Francisco MARCOS y Albert SÁNCHEZ GRAELLS [«El control de concentraciones en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia», en *Estudios sobre la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia* (dir. por Luciano Parejo y Alberto Palomar), Madrid, La Ley, 2008, p. 105 y Lights and Shadows in the Modernization of Spanish Merger Review, en *Threshold/Summer*, 2008] han manifestado que los problemas que se plantean para la determinación de la cuota de mercado aconsejan la desaparición de ese umbral.

<sup>9</sup> Por ejemplo, la opinión del Despacho Albiñana/Suárez de Lezo se mostraba partidaria de incrementar la cuota hasta el 40 por 100.

<sup>10</sup> Ver, por ejemplo, la opinión de la Asociación Española de Defensa de la Competencia, que se mostraba partidaria del mantenimiento de este umbral, incluyendo una propuesta razonable, coincidente con otras opiniones, en el sentido de considerar que para las concentraciones basadas en cuota de mercado debería exigirse además una cifra de negocios (60 millones de euros) para evitar que empresas de dimensión reducida, pero con elevadas cuotas de mercado en mercados muy estrechos se vieran sometidas a la carga de la notificación. También el Círculo de Empresarios se mostró partidario del mantenimiento del doble umbral. Helmut BROKELMAN («La reforma del régimen de control de concentraciones en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, enero/febrero 2008, núm. 1, nueva época, p. 81) ha mostrado una opinión abiertamente favorable al mantenimiento del umbral referido a la cuota de mercado. En el *Boletín del Banco de España*, núm. 57, de mayo de 2008 se ha publicado el trabajo «La reforma del sistema de defensa de la competencia en España» realizado por Pablo HERNÁNDEZ DE COS y Juan S. MOYA en el que (p. 61) se contiene una opinión sobradamente significativa del estado de la cuestión: «La medición de cuotas de mercado puede ser un mejor indicador del poder de mercado de las empresas que el volumen de ventas, pero exige identificar el mercado relevante, lo cual no siempre es sencillo».



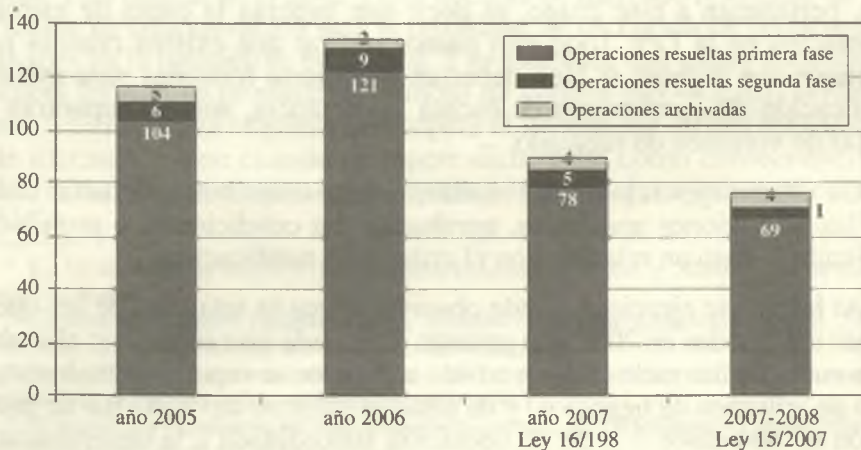
## CRITERIOS NOTIFICACIÓN OPERACIONES CONCENTRACIÓN



Fuente: Comisión Nacional de la Competencia.

Ahora bien, la cuestión consiste en analizar cuántas de estas operaciones pueden plantear problemas de competencia, y para ello el dato que puede resultar significativo es el de cuáles de entre ellas han sido analizadas en segunda fase<sup>11</sup>, lo que se puede comprobar en el gráfico que a continuación se adjunta.

## FASE RESOLUCIÓN OPERACIONES CONCENTRACIÓN

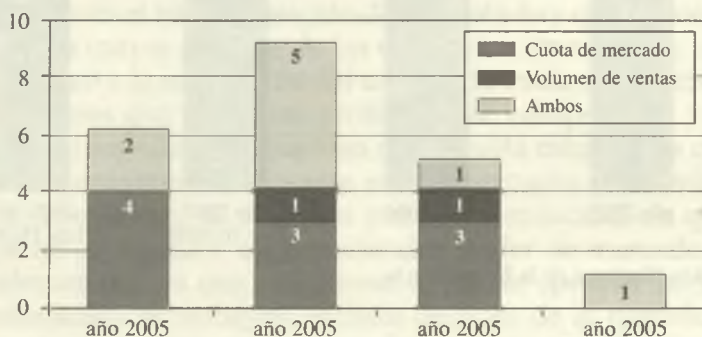


Fuente: Comisión Nacional de la Competencia.

<sup>11</sup> Aun cuando ello no esté siendo objeto de análisis en este momento, puede llamar la atención el escaso número de operaciones (en realidad únicamente una, si excluimos a una operación de la que desistieron los notificantes con posterioridad a la decisión de la CNC de tramitarla en segunda fase)

Y, finalmente será necesario realizar una tercera averiguación sobre cuáles de tales operaciones de concentración analizadas en segunda fase fueron notificadas por superar uno u otro umbral de notificación, lo cual se recoge en la figura siguiente.

OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN ANALIZADAS EN SEGUNDA FASE  
SEGÚN CRITERIO DE NOTIFICACIÓN



Fuente: Comisión Nacional de la Competencia.

Del conjunto de datos anteriormente expuestos, se deducen con claridad dos circunstancias. La primera de ellas es que la mayor parte de las operaciones de concentración que se notifican lo son por superar la cuota de mercado, y, en segundo lugar, que la mayor parte de las operaciones que plantean cuestiones de competencia, es decir las que se analizan en segunda fase, pertenecen a este grupo, es decir que superan la cuota de mercado establecida en la Ley. Todo ello parece indicar que existen razones para mantener ese umbral, si bien deberían articularse fórmulas para evitar la notificación de operaciones de escasa importancia, aunque superaran las cuotas de volumen de mercado.

Un último ejercicio podría realizarse para contribuir a detectar cuáles son las operaciones aprobadas, aprobadas con condiciones, o prohibidas, poniendo el dato en relación con el criterio de notificación.

Al hacer ese ejercicio, puede observarse que la totalidad de las operaciones notificadas en 2005 que pasaron a segunda fase superaban el umbral de la cuota de mercado (si bien en dos supuestos se superaba igualmente la cifra de volumen de negocios) y de ellas, el informe del TDC fue de prohibición en dos casos<sup>12</sup>, y de no oposición subordinada a la observancia de

que han sido analizadas en esa segunda fase desde la vigencia de la Ley 15/2007. Puede obtenerse una conclusión consistente en determinar que, por una parte, el nuevo esquema institucional y, por otra, los nuevos mecanismos que permite la Ley para el análisis en primera fase y la posibilidad de presentar compromisos han tenido incidencia en ese hecho.

<sup>12</sup> Se trata de los expedientes N05082 (Gas Natural/Endesa) y N05090 (Telefónica/Iberbanda).



condiciones en otros dos<sup>13</sup>. En el año 2006 de los nueve expedientes que pasaron a segunda fase, sólo uno lo fue por cifra de negocios. De los ocho restantes, tres superaban el umbral de cifra de negocios y los otros cinco superaban ambos umbrales. De estos ocho, en cuatro casos el informe del TDC propuso someter la aprobación al cumplimiento de condiciones<sup>14</sup>. Finalmente en el año 2007 hubo cinco expedientes que pasaron a segunda fase (de los tramitados con arreglo a la Ley 16/1989)<sup>15</sup>, y de ellos, cuatro superaron el umbral de cuota de mercado (en dos supuestos se superaba igualmente la cifra de negocios), y en tres de estos supuestos el TDC propuso la observancia de condiciones<sup>16</sup>. De este análisis se puede obtener una conclusión que refuerza la segunda de las conclusiones que se habían planteado con anterioridad: que la mayor parte de los problemas de competencia se presentan en operaciones que superan el umbral de cuota de mercado, lo cual, por otra parte, no puede resultar extraño.

Como se ha indicado, el umbral de cuota de mercado ha sufrido una variación en la Ley 15/2007, en el sentido de elevar la cuota (25 por 100) contenida en la Ley de 1989. La razón de la elevación de la cuota de mercado hasta el 30 por 100, rechazando otra cifra superior, hay que encontrarla en el hecho de que tradicionalmente se ha venido entendiendo que por debajo del 30 por 100<sup>17</sup> no existen problemas de competencia, siendo esta cifra la que empieza a disparar las alarmas de las autoridades para analizar, naturalmente teniendo en cuenta otras circunstancias, si existe posición de dominio.

El art. 4 del Reglamento trata de solucionar algunos de los problemas planteados por la dificultad de determinar la cuota de mercado, especialmente los existentes en la constitución o cambio de control de una filial común. Tras indicar en el núm. 1 que la cuota de mercado resultante de una operación de concentración será la resultante de las cuotas de las empresas partícipes en la operación, en el núm. 2 se establece que existe adquisición de cuota cuando se produce un cambio de control [art. 4.2.a)], evidentemente referido a una empresa que supere el umbral del 30 por 100 de cuota de mercado o bien cuando se supere dicha cifra como consecuencia de sumar la cuota de la empresa participada a la de las que ejercen su control.

<sup>13</sup> En los expedientes N05053 (Igualemequisa/Igualitario Médico) y N05081 (Unión Radio/Antena 3 de Radio).

<sup>14</sup> Expedientes N06069 (Adeslas/Lince); N06094 (Sogecable/Audiovisual Sport); N6028 (Transmediterránea/Euroferrys) y N06026 (Cofares/Hefame).

<sup>15</sup> De los 43 expedientes tramitados en el año 2007 con arreglo a la Ley 15/2007, sólo uno pasó a segunda fase, y superaba ambos umbrales de notificación.

<sup>16</sup> Se trata de los expedientes N07052 (Balearia/Buquebús); N07083 (Orona/Ascensores Gasteiz) y N07047 (Nacional Express/Continental Auto).

<sup>17</sup> Tal es la cifra establecida, con carácter general, en los Reglamentos comunitarios de Exención por Categorías 2790/1999 y 1400/2002. En materia de conductas, a pesar del carácter relativo que pueden tener las cuotas para determinar la posición de dominio, los precedentes comunitarios permiten afirmar que por debajo de la cuota del 30 por 100 no existe posición de dominio. El Tribunal de Justicia, en la ya clásica sentencia *Pompes Fúnebres de Regions Libérées* (STJ de 4 de mayo de 1988) estableció que una cuota del 30 por 100, unida a otros factores, es indicativa de posición de dominio.



En el supuesto de constitución de una filial común, existirá adquisición de cuota cuando las matrices aporten total o parcialmente su negocio a la entidad de nueva creación [art. 4.2.b)]<sup>18</sup>.

Para resolver las dudas que pudieran existir acerca de si una determinada operación supera o no el umbral de cuota de mercado, existe la posibilidad de plantear una consulta previa a la Comisión Nacional de la Competencia, a tenor de lo previsto en el art. 55.2.b) LDC. Si bien el indicado precepto establece el mecanismo de la consulta previa para determinar si la operación supera los umbrales mínimos de notificación en ambos supuestos, precisamente porque la mayor dificultad surge para determinar la cuota de mercado, resulta lógico que la mayor parte de las consultas referidas a ese precepto se presenten para resolver las dudas que pueden existir en este apartado.

Ahora bien, el debate acerca del mantenimiento o supresión del umbral referido a cuota de mercado está lejos de considerarse concluido. A tales efectos, la propia Ley 15/2007 sugiere una posible revisión al respecto en la medida en la que la Disposición final segunda, apartado 3 no sólo autoriza al Gobierno a modificar los umbrales de notificación, en términos similares a los previstos en la Ley 16/1989<sup>19</sup>, sino que se introduce un último párrafo en el que se prevé que la Comisión Nacional de la Competencia realizará cada tres años una valoración de la aplicación de tales umbrales, a efectos de proponer su modificación al Gobierno. Este inciso pone de manifiesto que, además de posibles modificaciones cuantitativas en las cifras de volumen de negocio, o en el porcentaje de cuota de mercado, el legislador ha puesto de manifiesto algunas dudas sobre el modelo, al tiempo que anuncia una posible revisión. Y teniendo en cuenta el debate anterior, la lógica explicación consiste en una posible reflexión sobre la conveniencia de mantener el doble umbral, o, más específicamente, la de mantener el controvertido umbral referido a la cuota de mercado.

Obviamente, como producto de esa reflexión puede bien eliminarse en un futuro la regla del art. 8.1.a) LDC, bien modificarse el porcentaje, o bien mantenerse, si bien exigiendo no sólo la adquisición o incremento de la cuota de mercado en determinado porcentaje, sino la existencia de una mínima cifra de negocios, obviamente inferior a la del umbral referido a la cifra de volumen de negocios, en consonancia con alguna de las propuestas que se hicieron con ocasión del debate sobre el Libro Blanco<sup>20</sup>.

<sup>18</sup> Álvaro IZA («Umbrales de control», ponencia para la *Jornada de Estudio de la Nueva Ley 15/2007*, organizada por la AEDC el 5 de marzo de 2008) señala que el precepto del art. 4 RDC adolece de falta de concreción, por lo que sería conveniente que la CNC elaborara los necesarios criterios de interpretación mediante la aprobación de una Comunicación.

<sup>19</sup> El último párrafo de la disposición final única de la Ley 16/1989 autorizaba al Gobierno para modificar los umbrales (se venía correctamente interpretando cómo la modificación podría consistir en la variación de las cifras, no de los conceptos) los umbrales establecidos en la Ley. Durante los años de su vigencia no se hizo uso de esta facultad.

<sup>20</sup> Ver las propuestas a las que se hace referencia en las notas 10 y 11.

#### 4. SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN DE LA OPERACIÓN

El art. 9 de la Ley 15/2007 regula, junto con la obligación de la notificación, la suspensión de la ejecución de la operación de concentración hasta que recaiga una resolución de autorización. Esta suspensión de la ejecución resulta coherente con el carácter preventivo del expediente de control de concentraciones y, además, trata de evitar los inconvenientes que se plantean para deshacer operaciones ya efectuadas<sup>21</sup>. Pero la plasmación en la Ley de esta circunstancia no impide que en ella se contengan determinadas excepciones, referidas en primer lugar a la posibilidad de que, en determinadas circunstancias, pueda procederse al levantamiento de la suspensión de la ejecución, y en segundo término al supuesto en el que la concentración se materialice mediante la adquisición de títulos sometidos a cotización oficial. Y, en ambos apartados, el régimen establecido en la nueva Ley difiere considerablemente del previsto en la Ley anterior.

La Ley de 1989 ya preveía en su art. 15.2<sup>22</sup> que la operación no podría llevarse a cabo ni antes de ser notificada ni antes de que se manifestara, en el expediente de concentración, la no oposición a la misma. Pero, junto a este principio general, se contenía una excepción referida al posible levantamiento de la suspensión, y, además, un régimen específico para el supuesto de que la operación se materializara mediante una oferta pública en el caso de títulos cotizados. La nueva Ley ha introducido significativas modificaciones en ambos apartados.

##### A. LEVANTAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN

La Ley 16/1989 ya preveía el supuesto de que la suspensión de la ejecución de la operación pudiera levantarse, a petición del notificante. A tales efectos, en el tercer párrafo del art. 15.2 se establecía que el Ministro de Economía, en la resolución por la que se acordara la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia podría levantar la suspensión de la ejecución, previa ponderación de los perjuicios que de la suspensión se pudieran derivar para la operación y de los que de su ejecución se pudieran derivar para los competidores o la libre competencia. En consecuencia, el levantamiento de la suspensión exclusivamente se podía llevar a efecto en el momento de remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia, es decir, en el momento de apertura de la segunda fase del procedimiento.

El art. 9.6 de la Ley 15/2007, siguiendo el modelo comunitario establecido en el art. 7.3 del Reglamento 139/2004, establece que el Consejo de la

<sup>21</sup> Francisco MARCOS y Albert SÁNCHEZ GRAELLS, *loc. cit.*, pp. 118-119.

<sup>22</sup> En la redacción introducida por el Real Decreto-Ley 6/2000, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, posteriormente modificada por la Ley 9/2001. El indicado precepto introdujo el efecto suspensivo de las concentraciones.



CNC podrá acordar el levantamiento de la suspensión, a propuesta de la Dirección de Investigación y previa solicitud motivada. Por otra parte, se señala que la resolución se dictará atendiendo al perjuicio que la suspensión de la operación causaría a las empresas participantes y del que el levantamiento de la suspensión causaría a la libre competencia. El levantamiento de la suspensión podrá estar subordinado al cumplimiento de condiciones y obligaciones que garanticen la eficacia de la decisión que finalmente se adopte.

El Reglamento de Defensa de la Competencia<sup>23</sup> dedica su art. 58 al régimen de levantamiento de la suspensión de la ejecución, disponiendo que el notificante podrá solicitar en cualquier momento del procedimiento, incluso al presentar el borrador confidencial de formulario de notificación, el levantamiento de la suspensión total o parcial de la ejecución de la operación. En el escrito de solicitud se motivarán los perjuicios que pueda causar la suspensión y se podrá presentar «compromisos tendentes a eliminar los posibles efectos negativos que la ejecución de la concentración pudiera causar a la competencia efectiva».

Del régimen establecido para el levantamiento de la suspensión de la ejecución de la operación pueden establecerse algunas consecuencias, especialmente referidas a la comparación con el sistema que regulaba la Ley de 1989.

La primera de las características del nuevo régimen consiste en el hecho de que el levantamiento de la suspensión puede ser solicitado, y acordado, en cualquier momento de la tramitación del expediente. Incluso, tal y como señala el Reglamento, al presentar el borrador confidencial de formulario de notificación. Este extremo supone la eliminación de la rigidez del sistema de la Ley de 1989, en la que el levantamiento sólo podía tener lugar en el momento del paso del expediente a segunda fase.

La segunda de las observaciones se refiere a la posibilidad de que el notificante presente compromisos, aun cuando la CNC no sólo tenga que aprobar los compromisos propuestos, sino que igualmente se podrá someter el levantamiento de la suspensión al cumplimiento de condiciones, es decir, a determinadas obligaciones diferentes a las contenidas en la propuesta de compromiso.

Una tercera observación debe realizarse en relación con la resolución de levantamiento de la suspensión. La Ley establece que la resolución deberá adoptarse por el Consejo de la CNC, a propuesta de la Dirección de Investigación. Ahora bien, la solicitud del notificante puede ser rechazada de forma expresa o tácita (esto último será lo más común) por la propia Dirección de Investigación, por lo que la resolución de ésta podrá ser recurrida ante el Consejo, a tenor de lo dispuesto en el art. 47 de la Ley. Ahora bien, esta posibilidad de recurso es más teórica que real, ya que teniendo

---

<sup>23</sup> Aprobado por Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero.

en cuenta los plazos establecidos para la tramitación del expediente de control de concentraciones y los previstos en el propio art. 47 para la interposición y tramitación de los recursos, lo normal y previsible es que el expediente de concentración haya concluido con anterioridad a la resolución del recurso.

Por último puede señalarse que, a diferencia de lo previsto en la Ley de 1989, la decisión sobre el levantamiento de la suspensión de ejecución se hará ponderando los efectos de este levantamiento exclusivamente sobre la libre competencia, al haberse suprimido la necesidad, establecida en el art. 15.2 de la Ley de 1989, de ponderar los efectos de tal levantamiento sobre los competidores. Ello debe considerarse en línea con la concepción de que la intervención administrativa en materia de competencia tiene como objetivo proteger a la competencia y no a los competidores, conforme viene afirmando repetidamente la Comisaria Neelie KROES desde que lo manifestó en la Universidad Fordham<sup>24</sup>.

#### B. EXPEDIENTE DE CONCENTRACIÓN Y OFERTA PÚBLICA DE ADQUISICIÓN DE ACCIONES

El segundo de los supuestos de suspensión de la ejecución es el relativo a la regulación del procedimiento en el caso en el que una operación de concentración haya de realizarse mediante la formulación y tramitación de un expediente de Oferta Pública de Adquisición de acciones ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por tratarse de una sociedad sometida a cotización. Y es en este apartado en uno de los que las modificaciones introducidas por la Ley 15/2007 han sido más significativas.

Se trata de un supuesto en el que han de concurrir dos procedimientos: el que ha de seguirse ante la autoridad de competencia (CNC) y el que debe tramitar la autoridad encargada de la supervisión de los mercados de valores (CNMV). La solución que se adopte resulta cualquier cosa menos sencilla y la propia legislación española ha estado sujeta a cambios.

La redacción original de la Ley de 1989 no contenía ninguna previsión acerca de las medidas que deberían adoptarse en el supuesto de que, en una misma operación económica, debieran seguirse ambos procedimientos, si bien podría haberse interpretado que la ejecución de una OPA podía suponer una ejecución de la operación y, por lo tanto, estaba sometida al principio general de suspensión de la ejecución. Ello resultaba lógico en buena medida ya que el sistema previsto en la Ley era el de notificación voluntaria, pero el problema se acentuó en la medida en la que se introdujo la notificación obligatoria, y no tardó en plantearse en la realidad con ocasión de

<sup>24</sup> Neelie KROES, «Preliminary Thoughts on Policy Review of Article 82», en *Fordham Law Institute*, Nueva York, 23 de septiembre de 2005.



la concentración entre Unión Fenosa e Hidrocantábrico<sup>25</sup>. La operación resultó prohibida por un Acuerdo del Consejo de Ministros, que siguió la recomendación del informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, pero, mientras se tramitaba el expediente de control de concentraciones, la CNMV había aprobado la OPA, por lo que el proceso de adquisición de acciones en los mercados se había iniciado, lo cual motivó que fuera necesaria la desinversión. Esta disfunción motivó la reforma de la Ley, mediante un nuevo precepto<sup>26</sup> que establecía que si una operación de concentración se materializaba mediante una oferta pública de adquisición de acciones admitida a cotización oficial, una vez que fuera autorizada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se suspendería provisionalmente su ejecución hasta que recayera resolución en el expediente de control de concentraciones. La suspensión podría levantarse, a petición del notificante, por el Ministro de Economía, en la resolución por la que se acordara la remisión del expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia.

Indudablemente la reforma resolvió algunos de los problemas que la anterior ausencia de regulación provocaba, al tiempo que originaba otros, esencialmente provocados por el diferente tratamiento que ofrecían la Ley española y el Reglamento Comunitario de Concentraciones<sup>27</sup>, al tiempo que dificultaba de forma extraordinaria la tramitación del expediente, como bien se ha tenido ocasión de comprobar recientemente<sup>28</sup>. Las dificultades se ponían de manifiesto especialmente en el supuesto de concurrencia de OPAs competidoras y, por ejemplo, cuando alguna de ellas alcanzara los umbrales comunitarios, pero no la otra. Por ello, en el Libro Blanco se propuso la reforma de la Ley en este apartado, para lograr el paralelismo con el sistema comunitario, propuesta que mereció un amplio respaldo en los debates que siguieron a su publicación.

En consecuencia, el art. 9.3 de la Ley 15/2007 sigue el modelo del Reglamento 139/2004 y establece que la obligación de suspensión de la ejecución de una concentración, establecida en el núm. 2 del mismo artículo,

---

<sup>25</sup> Expediente del TDC C54/00 Unión Eléctrica Fenosa/Hidroeléctrica del Cantábrico. Ni los notificantes ni la autoridad del mercado de valores consideró que la operación había de quedar incluida en la genérica prohibición provisional de la ejecución de la operación.

<sup>26</sup> La Ley 9/2001, de 4 de julio, introdujo la redacción del art. 15.2 en la Ley 16/1989, en la versión que estuvo vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 15/2007.

<sup>27</sup> El art. 7.2 del Reglamento 139/2004 establece que la suspensión de la operación no impedirá realizar una oferta pública de adquisición de acciones, siempre que la concentración fuera notificada sin demora y el comprador no ejerza los derechos de voto, o sólo lo haga para mantener el valor de su inversión con autorización de la Comisión.

<sup>28</sup> Las circunstancias concurrentes en la OPA sobre Endesa, que comenzó en 2005, son un vivo ejemplo de las dificultades de la regulación vigente en ese momento. Se formuló una OPA, que implicaba una operación de concentración de dimensión nacional, y en el mismo proceso se formuló otra oferta que implicaba una concentración de dimensión europea. Aun cuando en el caso concreto no llegó a ocurrir, en buena medida por la dinámica de tiempos, y en otra parte por las decisiones de la CNMV, se puso de manifiesto que podría ocurrir que, cuando concurrieran dos OPAs, y una de ellas fuera de dimensión nacional y la otra de dimensión comunitaria, el régimen de suspensión de adquisición de acciones era diferente, y, por lo tanto, el oferente en la concentración de dimensión nacional estaría impedido de adquirir títulos, y el oferente de la operación de dimensión comunitaria no tendría tal limitación.

no impedirá realizar una oferta pública de adquisición de acciones admitidas a negociación en una Bolsa de valores, que haya sido autorizada por la CNMV, siempre y cuando la operación se notifique a la CNC en el plazo máximo de cinco días desde que se presente la solicitud ante la CNMV, y el comprador no ejerza los derechos de voto, o sólo los ejerza para salvaguardar el valor íntegro de su inversión, sobre la base de una dispensa concedida por la CNC. Resulta obvio afirmar que el nuevo sistema viene a resolver los problemas de la anterior regulación, especialmente por cuanto establece el paralelismo con el sistema comunitario y, por otra parte, elimina dificultades para la realización de las operaciones, pero no por ello deja de plantear algunos problemas, tales como el destino de los títulos adquiridos si, al final, la operación no resulta aprobada. La cuestión radica en el hecho de que si los títulos salen al mercado en un periodo corto de tiempo, necesariamente se produciría el desplome de su cotización, y si el periodo es amplio, tampoco existen garantías de que el desplome se evite, y, al tiempo existirán considerables incertidumbres en el gobierno de la sociedad durante ese periodo. Ahora bien, parece evidente que tales problemas serán muy difíciles de resolver. Por no decir irresolubles. Parece dudoso, desde la óptica de la normativa de la competencia que, cuando concurren tales circunstancias, la resolución de la CNC por la que se decide la prohibición pueda contener algunas condiciones sobre los plazos y demás términos en los que haya de llevarse a cabo la desinversión, entre otros motivos porque resulta más que dudoso que exista base jurídica suficiente para ello. En esta línea el Reglamento de desarrollo de la Ley de Defensa de la Competencia no ha establecido ninguna previsión al respecto.

Otra cosa ocurre con la normativa propia del mercado de valores, en la que se ha establecido alguna norma relativa a ese punto, porque, evidentemente, el nuevo sistema ha hecho necesario un cambio en este sentido. A tales efectos se ha aprobado, a los pocos días de la aprobación de la Ley 15/2007, un nuevo Decreto sobre régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores<sup>29</sup>, que establece algún mecanismo para coordinar la existencia de ambos procedimientos y, en línea con lo previsto en el sistema anterior<sup>30</sup>, concede al oferente el derecho a desistir de la oferta en el supuesto de que habiendo recaído resolución ésta contuviera alguna condición.

El art. 26.1 del mencionado Decreto establece cuatro supuestos que pueden darse en el caso de concurrencia entre una OPA y un expediente de control de concentraciones, sea éste tramitado por la CNC o bien por la Comisión Europea o cualquier otra autoridad de competencia. En definitiva, antes de la terminación del plazo de aceptación de la oferta, pueden presentarse cuatro situaciones:

<sup>29</sup> Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio.

<sup>30</sup> La aprobación del sistema que extendía la necesidad de la suspensión hizo necesaria la modificación del Real Decreto 1997/1991, de 26 de julio, mediante la aprobación del Real Decreto 1443/2001, de 21 de diciembre, cuyo art. 37 establecía, entre otros extremos, que el oferente podría desistir de la oferta en los supuestos de que se remitiera el expediente al TDC o si no hubiera concluido el expediente al terminar el periodo de la oferta, o si en éste se impusieran condiciones.



- a) Que las autoridades de competencia no se hayan opuesto a la operación, en cuyo supuesto la oferta surtirá plenos efectos.
- b) Que las autoridades de competencia prohibieran la operación, en cuyo caso el oferente deberá desistir de la oferta.
- c) Que se haya aprobado la operación sometida a condiciones. En tal supuesto, el oferente podrá desistir de la oferta.
- d) Si en el expresado plazo no hubiera recaído resolución, expresa o tácita, de las autoridades de competencia, el oferente podrá desistir igualmente de la oferta.

Cuando, en los tres últimos supuestos, el oferente desista de la oferta, en el plazo de tres meses deberá vender los valores necesarios para reducir el porcentaje de derecho de voto por debajo de la participación de control, o bien resolver el acuerdo en cuya virtud hubiera alcanzado tal participación.

Del texto del precepto se pueden plantear algunas cuestiones. En primer lugar, el hecho de que se utilice el término «autoridades de competencia», en plural, indica que se está contemplado el supuesto de la multinotificación. Ahora bien, cuando una operación haya sido notificada ante diferentes autoridades, éstas pueden haber dictado resoluciones de contenido diferente. Ello, a los efectos que se están analizando, puede plantear alguna duda, no tanto si una autoridad la prohíbe y otras no<sup>31</sup>, como si alguna de ellas somete la aprobación a condiciones y las restantes la aprueban sin tales condiciones. Parece claro que en tal supuesto se concederá al oferente la opción del desistimiento.

Se ha planteado<sup>32</sup> la posibilidad de que la operación de concentración afecte a valores que no se coticen en las Bolsas españolas, afirmando que tal operación quedaría sometida al régimen general del art. 9.2, es decir al de la suspensión de la ejecución. En cualquier caso, ese supuesto plantearía problemas de legislación aplicable, y en todo caso sería necesario considerar los preceptos de la legislación del mercado de valores del país o países en los que los títulos estuvieran sometidos a cotización.

Alguna cuestión puede plantearse sobre el supuesto relativo a un posible desistimiento de los notificantes antes de que haya concluido el periodo de la oferta. Por su propia naturaleza, la tramitación del expediente de control de concentraciones no genera obligaciones para el notificante desde su iniciación, lo cual implica que de él se puede desistir en cualquier momento. Otra cosa ocurre con el expediente que se sigue ante la CNMV ya que, por haber realizado una oferta pública de adquisición de acciones, el oferente sólo puede desistir de la misma cuando concurren determinadas circunstancias, porque desde el momento en el que se ha realizado la oferta, surgen derechos para los titulares del resto de los valores y, en consecuencia, obli-

<sup>31</sup> En el supuesto de prohibición por al menos una de las autoridades a cuya jurisdicción quede sometida la autorización, resulta indubitada la opción del notificante de desistir de la operación.

<sup>32</sup> Jaime FOLGUERA y Patricia VIDAL, comentario al art. 9 LDC, en *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia* (dir. por José MASSAGUER, José Manuel SALA, Jaime FOLGUERA y Alfonso GUTIÉRREZ), Madrid, Thomson-Civitas, 2008, p. 309.



gaciones para el oferente. En consecuencia, cabe plantearse qué ocurre si han de tramitarse simultáneamente ambos expedientes, y la respuesta parece clara: la concurrencia de un expediente de control de concentraciones no genera un derecho genérico al desistimiento para el oferente más que en los supuestos establecidos en el art. 26.1 del Real Decreto de OPAs.

Finalmente, en el supuesto de la necesaria tramitación de ambos expedientes, el precepto comentado exige que el oferente acredite ante la CNMV la correspondiente notificación ante la autoridad de competencia, sin expresar el plazo en el que ha de llevarse a cabo la misma. Obviamente, no puede exigirse que la iniciación del expediente de concentración sea previa a la oferta, porque la normativa de competencia prevé que el expediente de concentración se realice con posterioridad al de la autoridad de control de los mercados de valores<sup>33</sup>, por lo que en tales supuestos resulta de aplicación la normativa de competencia. El art. 9.3.a) la Ley 15/2007 exige el requisito de que la notificación de la concentración debe ser realizada en el plazo de cinco días desde que se presenta la autorización de la oferta ante la CNMV. Si la concentración es de dimensión comunitaria, el art. 7.2.b) del Reglamento 139/2004 exige que, en tal supuesto, la concentración sea notificada «sin demora» a la Comisión.

La segunda de las condiciones impuestas por el art. 9.3 en su apartado b) para la adquisición de títulos cotizados impide al comprador ejercer los derechos de voto inherentes a los valores en cuestión, salvo que sea «para salvaguardar el valor íntegro de su inversión sobre la base de una dispensa concedida por la Comisión Nacional de la Competencia». Se sigue igualmente en este apartado, como se ha indicado anteriormente, el modelo del Reglamento 139/2007, que contiene un precepto en el art. 7.2.b) en iguales términos a los de la Ley española. En concreto, las expresiones referidas a la dispensa utilizadas por el precepto español han sido tomadas de la norma comunitaria. Ahora bien, la Ley española no contiene ninguna referencia adicional a cómo se ha de llevar a cabo tal dispensa, a diferencia del Reglamento comunitario, cuyo art. 9.3 regula el supuesto. La norma comunitaria al regular la dispensa, se refiere tanto a la relativa al levantamiento de la suspensión de la ejecución de la concentración como a la del levantamiento de la prohibición de ejercicio de los derechos de voto, más allá del necesario para salvaguardar el valor de la inversión. En este punto, la Ley española se separa de su modelo comunitario y del art. 9.3, al regular la dispensa, como se ha indicado anteriormente, sólo se refiere al levantamiento de la suspensión de ejecución, y no al supuesto del ejercicio del derecho de voto de las acciones adquiridas a través de una oferta pública.

---

<sup>33</sup> La propia naturaleza de ambos expedientes de control conduce a que el expediente de OPA sea iniciado normalmente antes del de control de concentraciones, ya que cualquier noticia o acontecimiento relativo a una concentración empresarial conduce a la suspensión de las cotizaciones de la empresa o empresas afectadas, y la simple notificación del expediente de control de concentraciones con carácter previo a la oferta implicaría una suspensión innecesariamente prolongada. En cualquier caso, el art. 9.3.a) *in fine* de la Ley 15/2007 prevé que el expediente ante la CNMV se inicie con anterioridad al de control de concentraciones.

Finalmente, una cuestión que siempre está presente cuando se analizan los problemas que se plantean en el supuesto de realización de una concentración a través de una oferta pública de adquisición de títulos cotizados radica en el diferente concepto de control que se utiliza en materia de competencia y en la normativa del mercado de valores. En el segundo supuesto, el concepto resulta más mecánico, siempre en relación con porcentajes de participaciones, mientras que para la óptica de la competencia, el concepto de control tiene un contenido fáctico, más amplio, de manera que puede obtenerse el control incluso sin necesidad de alcanzar los porcentajes que obligan a la formulación de una oferta pública, y esta diferencia de concepto está presente en los preceptos que inspiran cada una de las legislaciones. En tales circunstancias, la cuestión radica en determinar qué régimen resultaría aplicable, ya que el Decreto de OPAs establece que la prohibición de ejercitar los derechos políticos se limita a los que superen el límite que obliga a realizar una OPA obligatoria, es decir el 30 por 100, mientras que el art. 9 de la Ley 15/2007 extiende la prohibición a la totalidad de los títulos (debe entenderse a los que se adquieren con posterioridad al inicio del expediente de concentración a través de una OPA, no a los que tuviera con antelación, ya que éstos no le conferirían el control tampoco en términos de competencia). La contradicción, evidentemente debe ser resuelta aplicando el precepto contenido en la Ley de Defensa de la Competencia, de evidente rango normativo superior al Decreto de OPAs<sup>34</sup>.

## 5. ALGUNAS CUESTIONES RELATIVAS AL PROCEDIMIENTO EN MATERIA DE CONTROL DE CONCENTRACIONES

Igualmente, en este apartado relativo al procedimiento, las modificaciones introducidas por la Ley 15/2007 respecto de las existentes en el régimen anterior han sido considerables y han sido puestas de manifiesto por todos quienes han realizado comentarios sobre la nueva Ley. Indudablemente el procedimiento ahora establecido responde a una concepción del control de concentraciones radicalmente distinta de la anteriormente existente, y ello se concreta, especialmente, en el cambio introducido en cuanto al organismo ante el que se tramita el procedimiento.

Vaya por delante que el expediente de control de concentraciones es, en el campo del Derecho de la competencia, la materia en la que tradicionalmente existen mayores reticencias por parte de los Gobiernos a la actuación de las autoridades independientes. No se encuentran lejos de esta reflexión las razones por las que la aprobación de un Reglamento comunitario de control de concentraciones no haya tenido lugar hasta 1989, es decir transcurridos más de treinta años desde la aprobación del Tratado de Roma, que, por cierto no

---

<sup>34</sup> En el mismo sentido del texto se pronuncia Begoña BARRANTES, en el «Comentario al art. 9 LDC», en *Derecho Español de la Competencia. Comentarios a la Ley 15/2007, Real Decreto 261/2008 y Ley 1/2002* (dir. Miguel ODRIÓZOLA y Belén IRISSARRY), Madrid, Bosch, 2008, t. I, p. 306.



incluía precepto alguno relativo al control de las concentraciones. Del mismo modo se explica por qué los umbrales de notificación para que una concentración sea considerada de dimensión comunitaria se hayan establecido tan altos, o bien se mantenga la regla de los dos tercios para el conocimiento por parte de las autoridades nacionales de las concentraciones de dimensión comunitaria<sup>35</sup>. Por último, también se siguió este razonamiento en las razones que justificaban el procedimiento de la Ley española de 1989, la cual colocaba el peso de gravedad para la decisión en materia de concentraciones en el Gobierno y no en la autoridad independiente. Resulta evidente que los Gobiernos, cualquier Gobierno, tienen una marcada tendencia a intervenir en el diseño de su propio mapa empresarial, así como a formar campeones nacionales que puedan tener una destacada presencia en el mapa internacional. Ahora bien, ese objetivo podría ser objeto de apoyo, si no fuera porque tales campeones nacionales se forman o consolidan sobre la base de la explotación de los consumidores nacionales. Pero, en cualquier caso, en esta materia especialmente hay que tener en cuenta, a la hora de realizar cualquier comentario crítico sobre la regulación establecida, que resulta necesario sopesar los diferentes intereses en juego, las diferentes posiciones en el debate. O valorar especialmente los pasos que se dan o las tendencias que se observan. Y en esos términos resulta necesario analizar los cambios introducidos en la reforma de la Ley, y, en esa perspectiva, es posible afirmar que los pasos que se han dado con la aprobación de la Ley 15/2007 han sido significativos en diferentes aspectos, pero, con todo ello, posiblemente los que mayor trascendencia tengan sean los que se han dado en el procedimiento en materia de concentraciones, por cuanto responden a una disminución de las facultades gubernamentales y a un incremento de las de la autoridad independiente.

Es cierto que la nueva estructura institucional de la Ley 15/2007 ha tenido incidencia en el campo de las conductas. Pero, al fin y al cabo, aun siendo importantes los cambios en esa materia establecidos, la decisión definitiva la tomaba ya en el sistema anterior una autoridad independiente, aun cuando se haya reforzado la independencia en el sentido de que igualmente la instrucción deja de llevarla a cabo un servicio dependiente del Gobierno. Sin embargo, nadie podrá negar que las consecuencias del cambio institucional, en materia de concentraciones, es considerablemente más trascendente, en la medida en la que, con anterioridad la decisión la adoptaba el Gobierno, mientras que con la Ley 15/2007, la decisión la adopta la Comisión Nacional de la Competencia, aun cuando quede la posibilidad de que el Gobierno, por razones distintas de las de la defensa de la competencia, se separe de esa resolución.

En cualquier caso, no se trata tanto ahora de realizar un detallado análisis de la totalidad del procedimiento en materia de control de concentra-

<sup>35</sup> En el año 2006 la Comisaria KROES inició, con poco éxito, un intento de suprimir la regla de los dos tercios. Vaya por delante que los repetidos intentos de introducir en el Reglamento comunitario de Concentraciones la regla Tres+, consistente en establecer la dimensión comunitaria de las concentraciones que cayeran bajo la jurisdicción de, al menos, tres autoridades nacionales, se han visto recurrentemente abocadas al fracaso.

ciones como de resaltar algunas de las más importantes novedades introducidas en el nuevo régimen relativo al control de concentraciones, sin ni siquiera agotar todos los aspectos que merecen ser destacados de la nueva regulación.

#### A. AUTORIDAD ENCARGADA DE LA TRAMITACIÓN DEL EXPEDIENTE

Como se ha indicado, las novedades introducidas en materia de procedimiento constituyen las más significativas de la nueva Ley, incluso en el capítulo del control de concentraciones, en el que mayores modificaciones se han impuesto respecto del régimen anterior. Pero, entre ellas, la de indudable mayor trascendencia se encuentra en el cambio sustancial respecto de la autoridad encargada de tramitar el expediente, y, en definitiva, de resolver sobre su aprobación o denegación. Los cambios introducidos van en el evidente sentido de reforzar la independencia del sistema español de competencia. Tal vez no resulte ocioso recordar que, con la Ley de 1989, el control de concentraciones lo realizaba, en cualquier fase, el Gobierno. Efectivamente, si la operación no planteaba aparentes problemas de competencia, se aprobaba en primera fase sin salir del ámbito del Servicio de Defensa de la Competencia. Si, por el contrario, se planteaban tales aparentes problemas, se pasaba a segunda fase, en la que se solicitaba un informe no vinculante al Tribunal de Defensa de la Competencia, pero el expediente, en definitiva, lo aprobaba el Consejo de Ministros. Es decir, que el peso de la decisión recaía en el Gobierno. Esta situación cambia sustancialmente con la nueva Ley, ya que en ésta, la autoridad independiente de la competencia, que, con la Ley 16/1989 tenía simples funciones consultivas, pasa a tener facultades decisorias.

En la actualidad el procedimiento se tramita íntegramente ante la Comisión Nacional de la Competencia. Se mantienen, siguiendo el modelo comunitario y también el de la Ley anterior, las dos fases del procedimiento. En buena medida el contenido del análisis preliminar, realizado en primera fase, no difiere sustancialmente del previsto en la Ley de 1989 para la fase que se tramitaba ante el Servicio de Defensa de la Competencia, aun cuando en el nuevo procedimiento existen algunas cuestiones que, en la práctica, han permitido un análisis algo más profundo que el que se permitía con el procedimiento anterior. Sin embargo, en la segunda fase las modificaciones de procedimiento son considerables, y ello resulta obligado si se tiene en cuenta que el procedimiento ante el Tribunal de Defensa de la Competencia estaba dirigido a la emisión de un informe, mientras que en la actualidad la segunda fase se tramita ante la autoridad encargada de autorizar o prohibir la operación. En la medida en la que en el procedimiento de concentraciones es necesario concretar los obstáculos a la competencia que se detectan, y que los notificantes tienen derecho a rebatirlos, y al tiempo a insistir en las eficiencias que presenta la operación, la Dirección de Investigación elaborará un pliego de concreción de hechos, que será notifi-



cado tanto a los notificantes como a los interesados para que formulen alegaciones. Igualmente podrá celebrarse una vista, que el art. 58.3 de la Ley prevé exclusivamente para el supuesto de que la soliciten los notificantes, si bien el art. 68.3 del Reglamento abre la posibilidad a la celebración de una vista por decisión de oficio del Consejo<sup>36</sup>.

Igualmente se establece para la segunda fase del expediente la posibilidad de que se emita un informe de la Comunidad Autónoma (normalmente de su autoridad de competencia si la tiene constituida) cuando pueda considerarse afectada por incidir la operación de forma significativa en el territorio de la misma. Queda por determinar cuándo existe esa afectación significativa y, especialmente, si para que se aplique este precepto la afectación significativa ha de tener lugar exclusivamente en el territorio de una Comunidad Autónoma. Cabe señalar que la fórmula empleada por el art. 58.1, segundo párrafo, es en todo similar a la utilizada por el art. 5.4 de la Ley 1/2002, de coordinación de las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia, para solicitar informe en el supuesto de expedientes de conductas. Es cierto que es posible una amplia gama de supuestos, pero en cualquier caso no parece justificada la opinión según la cual sólo sea exigible la petición de informe cuando la afectación significativa se limite a una sola Comunidad Autónoma<sup>37</sup>, sin que ello conduzca a afirmar que el informe se haya de solicitar a todas las CCAA en las que la concentración tenga incidencia. Si la incidencia se produce por igual en todas o buen número de CCAA, no sería necesario el informe. El hecho de que se exija la existencia de una afectación «significativa», implica desigualdad, es decir que en unos territorios (por supuesto, los menos pero sin que se pueda exigir que sea en uno solo) la afectación sea mayor que en los restantes.

La terminación de la segunda fase se realiza de forma diferente según cuál sea el contenido de la decisión. Si la Comisión Nacional de la Competencia adopta una decisión por la que se aprueba la operación, se pone fin al expediente, y esa resolución pone fin a la vía administrativa. Si por el contrario la resolución del Consejo de la CNC prohíbe la operación, o bien la somete a condiciones y compromisos, ésta no pondrá fin a la vía administrativa. La resolución es notificada al Ministro de Economía, si se trata de una resolución de aprobación sin condiciones a efectos simplemente informativos, pero si la resolución es de prohibición o de aprobación con compromisos o condiciones, a tenor de lo dispuesto en el art. 58.6 de la Ley, la resolución no será definitiva hasta que el Ministro de Economía haya decidido no elevar la concentración al Consejo de Ministros o haya trascu-

<sup>36</sup> El indicado art. 68.2 RDC establece que el Consejo notificará a los interesados «la solicitud de vista del notificante o su consideración de celebrar vista para el análisis o enjuiciamiento de las pretensiones objeto del expediente».

<sup>37</sup> En materia de conductas, en el expediente Cajas de Ahorros Vascas y Navarra, la conducta afectaba al territorio de ambas Comunidades Autónomas, y el TDC solicitó informe al Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia. Hay que tener en cuenta que Navarra no tenía constituida autoridad de competencia.

rrido el plazo legalmente establecido [art. 58.6.a)], o bien, hasta que el Consejo de Ministros adopte un acuerdo o trascurra el plazo establecido para ello [art. 59.6.b)].

Esta diferente finalización del expediente responde al sistema establecido en el art. 10.3 de la Ley, que prevé que el Consejo de Ministros podrá separarse de la resolución del Consejo de la CNC «atendiendo a criterios de interés general distintos de la defensa de la competencia», enumerando a continuación hasta un total de seis supuestos, pero sin carácter de *numerus clausus*.

No cabe duda alguna que esta competencia del Gobierno para intervenir en materia de concentraciones implica una limitación de la independencia del sistema de control de concentraciones y constituye, lógicamente, uno de los puntos más polémicos de la nueva Ley<sup>38</sup>, pero antes de realizar cualquier comentario crítico sobre esa disposición habrá que tener presente dos circunstancias. En primer lugar, que en la nueva regulación la capacidad del Gobierno para intervenir en materia de concentraciones ha quedado reducida respecto de la que tenía en la anterior regulación. Es decir, que cualquier análisis del sistema establecido debe tener en cuenta el punto del que se partía para, en cualquier caso, observar y analizar si se ha producido una evolución y si va en el buen sentido y en ese orden de cosas, la valoración debe ser positiva. En segundo término, pasado algún tiempo, deberá valorarse la actuación de los gobiernos, el uso que se hace de la cláusula, para determinar si esa competencia resi-

---

<sup>38</sup> A lo largo de los debates que siguieron a la publicación del Libro Blanco, una buena parte de las opiniones se mostraron contrarias a esa posibilidad, pero también hubo quien consideró razonable la cláusula (ver, por ejemplo, la opinión del Círculo de Empresarios) por considerar que caben supuestos en los que el Gobierno deba tener alguna capacidad de decidir. Los comentaristas del Anteproyecto también se mostraron mayoritariamente críticos con la competencia del Gobierno (ver Helmut BROKELMANN, «La reforma del régimen de control de concentraciones en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, 241, enero-abril 2006, p. 95; Rafael ILLESCAS, en *Derecho de los Negocios*, núm. 188, 2006, p. 3; Ana TOBÍO, «El proceso de reforma de la normativa anti-trust española: panorámica del Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», en *Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor*, t. XXVI, 2005-2006, p. 571) e incluso en las Jornadas del TDC celebradas el día 29 de mayo de 2006 se oyeron opiniones críticas. Así, Germà BEL en su ponencia «Las perspectivas de la reforma del modelo español de defensa de la competencia en el control de concentraciones» se manifestó contrario a esta competencia residual, llegando a indicar que sería preferible que, en determinados sectores tales como el de la energía, se arbitrara un procedimiento diferente en el que decidiera el Gobierno y no la autoridad independiente. En sentido crítico un tanto más matizado Germà BEL y Milagros ALVAREZ, «La reforma del control de concentraciones en España: un balance provisional», en *Gaceta Jurídica de la Unión Europea*, 243, julio de 2006, p. 34. De un hecho acaecido durante la tramitación parlamentaria se pueden extraer algunas conclusiones sobre la tendencia de buena parte de las formaciones políticas, por no decir la totalidad de ellas, a mantener un cierto poder de decisión política en materia de control de concentraciones. Diversos grupos parlamentarios, por supuesto el principal partido de la oposición, pero también alguno de los socios parlamentarios del Gobierno en la Legislatura 2004-2008, presentaron enmiendas por las que debería suprimirse esa facultad residual. El simple conocimiento de la composición de las Cámaras hacía pronosticar el triunfo de la enmienda, especialmente en el Senado, en el que el Gobierno era claramente minoritario. Pero la aritmética parlamentaria falló, y las enmiendas fueron derrotadas. Podría resultar curioso analizar el porqué de esa derrota.



dual ha supuesto un sistema que haya contribuido a alterar las condiciones de competencia<sup>39</sup>.

Una de las críticas que se realizan con mayor contundencia es que la lista no está cerrada, en la medida en la que la redacción de la Ley establece que «(e)n particular se entenderán» como criterios de interés general y a continuación se enumeran una lista de seis supuestos, lo cual indica que caben otros distintos de los allí consignados. Frente a este sistema se ha recordado que en el Libro Blanco se preveía que la intervención del Gobierno fuera excepcional y además por motivos tasados, mientras que en la Ley no se recoge ese carácter excepcional y, además, se contiene una lista de supuestos que no está cerrada<sup>40</sup>. Pero en realidad tales críticas deben resultar matizadas, por un lado porque el hecho de que la Ley acogiera específicamente el carácter excepcional de la intervención no variaría sustancialmente el mecanismo. La cuestión radica en la interpretación que vaya a darle el Tribunal Supremo a esa competencia y no hay nada que impida interpretar, diga lo que diga la norma, que cualquier intervención por motivos de interés general, distintos a la defensa de la competencia, ha de tener siempre carácter excepcional. Por otra parte, si la lista está o no cerrada no tiene gran importancia. En primer lugar, porque enumerar en una lista cerrada los motivos de interés general puede resultar un ejercicio inútil. Tal vez bastaría la referencia genérica a los motivos de interés general, como hacen otras legislaciones, sin necesidad de la lista que puede tener efectos exclusivamente didácticos. Y por otra parte, que si observamos los supuestos enumerados en las letras a) a f) del art. 10.4 LDC<sup>41</sup>, el único supuesto que previsiblemente será aplicado será el último, el contenido en la letra f), es decir la «garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial»; hablando en román paladino, razones de política industrial.

Pero cualquier crítica que se realice sobre el nuevo sistema no puede ocultar no sólo el avance que supone sobre la regulación de 1989, especialmente en el reforzamiento de la independencia del sistema, sino también en la clarificación de los motivos en los que pueden intervenir unos y otros. El art. 16.1, *in fine*, de la Ley 16/1989 establecía una serie de criterios que podrían ser interpretados como ajenos a la competencia e incluso podrían desbordar el concepto estricto de eficiencias. Como tal podría ser interpre-

<sup>39</sup> La cláusula estableciendo esa competencia residual tiene clara inspiración de la legislación alemana y, en el año 2006, poco antes de su retirada como Presidente del Bundeskartellamt, el doctor BÖGE manifestaba que, desde que existía control de concentraciones en Alemania, se habían notificado alrededor de 36.000 operaciones de concentración, y en sólo 16 casos el Gobierno se había separado de la decisión de la autoridad de competencia. Bien es cierto que posiblemente estos 16 casos sean los más significativos, como permite presumir el hecho de que uno de ellos fuera la concentración EON/RHURGAS.

<sup>40</sup> Ver, por ejemplo, Begoña BARRANTES, *op. cit.*, I, p. 362.

<sup>41</sup> Resulta difícil plantearse un supuesto en el que la prohibición, o bien la aprobación condicionada, de una concentración pueda afectar a la seguridad o salud públicas [art. 10.4.a)] o a la protección del medio ambiente [art. 10.4.d)], por poner un ejemplo. No resulta exagerado prever que los cinco primeros supuestos, o al menos la mayor parte de ellos, no se aplicarán nunca.



tada la mención a la «competitividad internacional de la industria nacional», que parece reflejar criterios de política industrial. Por otra parte, no quedaba claro si la intervención del Consejo de Ministros podría separarse del informe del TDC por razones de competencia o por otras razones de interés general. Al menos la Ley 15/2007 delimita los criterios de la intervención de la CNC y del Gobierno en los arts. 10 y 13.4 respectivamente.

El sistema, como se ha indicado, está inspirado en la legislación alemana, de la que ha pasado a otras legislaciones de nuestro entorno, por ejemplo la portuguesa, y responde a algunas propuestas que habían sido formuladas con antelación<sup>42</sup> a la elaboración del Libro Blanco y que fueron incorporadas a éste.

El sistema, no obstante, plantea algunas cuestiones dignas de ser tenidas en cuenta.

En primer lugar, se debe señalar que la intervención del Consejo de Ministros se puede producir cuando la aprobación haya sido realizada con compromisos. Más adelante se comentará la insólita opción de la Ley española de mantener, junto a la aprobación con compromisos, la aprobación con condiciones que, en terminología española, diferente en este caso de la comunitaria, vienen a significar modificaciones de la operación diferentes de las propuestas por los notificantes. Podría, con todas las cautelas del mundo, parecer lógico que el Consejo de Ministros, por razones de interés general, pueda separarse de la decisión de la CNC cuando imponga condiciones que, por ejemplo, pongan en peligro el proyecto empresarial, pero no se puede entender que cuando una concentración ha sido aprobada con compromisos, es decir, con modificaciones aceptadas y propuestas por los notificantes, el Gobierno pueda llegar a separarse de la decisión de la CNC. Porque, aunque no se establezca expresamente en la Ley, parece lógico afirmar que la intervención del Gobierno ha de ir encaminada a suavizar los términos de la aprobación, no a endurecerlos, porque las razones de interés general diferentes de la defensa de la competencia deben conducir a facilitar la operación, no a dificultarla. Así lo hace pensar que cuando la decisión de la CNC aprueba la operación, el Gobierno no puede prohibirla ni esta-

---

<sup>42</sup> Con ocasión de la tramitación parlamentaria de la Ley de reforma parcial de la LDC, de 28 de diciembre de 1999, el Grupo Parlamentario Socialista del Congreso presentó una enmienda en la que se recogía un sistema de control de concentraciones similar al recogido finalmente en la Ley 15/2007. El sistema fue igualmente defendido por José María JIMÉNEZ LAIGLESIA («Propuesta de reforma del sistema de control de concentraciones de empresas», *Laboratorio de Alternativas*, Documento de trabajo 56/2004, Fundación Alternativas, 2004, p. 48), que proponía como una de las conclusiones: «Es posible reservar al Gobierno la capacidad de aprobar una operación, a instancia de parte, solamente en los casos en los que la autoridad de competencia ha decidido prohibir una operación y exclusivamente conforme a criterios transparentes relacionados con el interés público y no con la competencia». Igualmente Luis BERENGUER FUSTER («Sistema de defensa de la competencia», *Laboratorio de Alternativas*, documento de trabajo 54/2004, Fundación Alternativas 2004, p. 29) proponía que el sistema de control de concentraciones «debe ser modificado en el sentido de conceder la última palabra al órgano encargado de la competencia, con independencia de dejar algún resquicio para que una operación no aprobada pueda ser autorizada por el Gobierno por razones de interés público nacional».

blecer condiciones. Además, en refuerzo de este razonamiento se puede mencionar que la operación puede ser aprobada en primera fase con compromisos, y si tal es así, ¿por qué el Gobierno puede introducir modificaciones a los compromisos si han sido adoptados en segunda fase y no en primera? No parece haber respuesta a esa pregunta, y, en conclusión, la competencia otorgada al Gobierno para separarse de la decisión de la CNC puede tener algún sentido para los supuestos de prohibición o bien de aprobación con condiciones, pero nunca para los supuestos de aprobación con compromisos<sup>43</sup>.

Otra de las múltiples cuestiones que pueden plantearse consiste en determinar si resulta aplicable esa facultad del Gobierno cuando se trate de una concentración de dimensión comunitaria cuyo conocimiento haya sido remitido a la CNC en aplicación de lo dispuesto en el art. 9 del Reglamento 139/2004. Según alguna opinión, la capacidad de intervención del Gobierno queda limitada, opinión fundamentada en el texto del precepto contenido en el art. 9.8 del citado Reglamento comunitario, según el cual la capacidad del Estado miembro al que se remita la operación ha de limitarse a «adoptar las medidas estrictamente necesarias para preservar o restablecer la competencia efectiva en el mercado en cuestión»<sup>44</sup>. Sin embargo, esa interpretación no parece acertada, en primer lugar porque el indicado párrafo 8 del art. 9 del Reglamento parece referirse a que las autoridades nacionales no resultan competentes para adoptar medidas encaminadas a restablecer la competencia en mercados diferentes a aquellos a los que se refiere el apartado 7 del mismo artículo, es decir un mercado geográfico incluido dentro de sus fronteras. La segunda y más importante razón es que el art. 9.3.b) del Reglamento comunitario prevé que la Comisión podrá remitir «el asunto total o parcialmente a las autoridades competentes del Estado miembro en cuestión a fin de que se aplique su normativa nacional en materia de competencia», y la intervención del Gobierno, que es a estos efectos una autoridad de competencia (es, de conformidad con la terminología del Capítulo I del Título II de la Ley un órgano competente para la aplicación de la LDC) que aplica la normativa nacional. No resulta, a mi entender, por lo tanto aplicable lo dispuesto en el art. 21 del propio Reglamento porque se refiere a las medidas adoptadas por los Estados, pero al margen de los procedimientos y autoridades de competencia. Además, como la propia autora, que sostiene la imposibilidad de aplicar el precepto del art. 10.4 LDC en las concentraciones de dimensión comunitaria, también se encarga de recordar que el precepto del art. 21 del Reglamento nunca se ha aplicado en un supuesto de concentración de dimensión comunitaria de dimensión nacional<sup>45</sup>.

<sup>43</sup> Oriol ARMENGOL en «El procedimiento en materia de concentraciones», ponencia presentada para la Jornada sobre la reforma de la LDC celebrada por la Asociación Española de Defensa de la Competencia el día 5 de marzo de 2008, señala lo extraño que puede resultar que el Gobierno intervenga en una concentración aprobada con compromisos.

<sup>44</sup> Begoña BARRANTES, *op. cit.*, I, pp. 364 y ss.

<sup>45</sup> Begoña BARRANTES, *op. cit.*, I, p. 366.



## B. PROCEDIMIENTO ABREVIADO

Otra de las importantes innovaciones recogidas en la Ley 15/2007 y que redundará en beneficio de los notificantes es la relativa a la existencia de un procedimiento abreviado, o al menos un formulario abreviado de notificación que permite una tramitación abreviada. El art. 56 ofrece la posibilidad de presentar un formulario abreviado de notificación en cuatro supuestos: cuando no exista solapamiento entre las partes que intervienen en la operación, cuando la participación de las partes en los mercados sea de escasa importancia, cuando se adquiera el control exclusivo de una empresa de la que ya se tenía el control conjunto, y cuando se trate de una empresa en participación que o bien no tenga previsto realizar actividad en España, o bien ésta sea marginal.

El art. 57 del Reglamento de Defensa de la Competencia aclara alguno de estos conceptos. En concreto considera que la participación no es, por su escasa importancia, susceptible de afectar significativamente a la competencia [supuesto del art. 56.1.b) LDC] cuando los partícipes no alcancen una cuota conjunta superior al 15 por 100, o cuando se supere ese porcentaje pero sin alcanzar el 30 por 100, sin que la adición de cuota sea superior al 2 por 100. Igualmente no existe afectación significativa a la competencia cuando los partícipes no alcancen una cuota del 25 por 100 en un mercado de producto integrado verticalmente con otro en el que opere cualquiera de los partícipes en la operación.

Según el art. 56.2 de la Ley, a pesar de concurrir las circunstancias que hacen posible la presentación del formulario abreviado, cuando sea necesario realizar un análisis más profundo, la CNC podrá exigir la presentación del formulario ordinario. Algunos de los supuestos en los que se puede exigir la presentación del formulario ordinario se recogen en el apartado 2 del art. 57 del Reglamento.

## C. RÉGIMEN RELATIVO A LOS COMPROMISOS

Otra de las materias en las que la nueva regulación de la Ley 15/2007 ha introducido novedades significativas respecto a la Ley anterior es la relativa al sistema para determinar las soluciones (remedios) que resultan aceptables para resolver, o al menos compensar, los problemas de competencia que pueden generarse por la operación.

Es bien sabido que el sistema de la Ley de 1989, en su redacción originaria, preveía que las decisiones que ponían fin al expediente en materia de concentraciones, podían, como una de las alternativas, subordinar la aprobación de la operación a la observancia de determinadas condiciones. Aunque es cierto que en la terminología utilizada en el Reglamento comunitario de concentraciones 139/2004 se habla de compromisos, obligacio-



nes y condiciones<sup>46</sup>, en la medida en la que las soluciones son presentadas por las partes, constituyen compromisos, que, si son aceptados por la Comisión se convierten en condiciones u obligaciones. La diferencia entre compromisos, por una parte, y condiciones y obligaciones, por la otra, parece clara. En nuestra legislación no se habla de obligaciones, sino que se utilizan los términos compromisos y condiciones con un sentido diferente. La Ley de 1989 no preveía la presentación de compromisos, es decir, propuestas de modificación de la operación realizadas por los notificantes que deberían ir encaminadas a resolver los problemas de competencia que la propia operación podría originar. En lugar de hablar de compromisos, la Ley hablaba exclusivamente de condiciones, que deben ser interpretadas como las modificaciones a la operación que resultaban impuestas por la autoridad de competencia al aprobarla, pero sin que fuera necesaria la aprobación de las partes implicadas en la concentración. Este peculiar sistema, que se separaba del sistema comunitario, basado en la presentación de compromisos, ocasionaba ciertas disfunciones. Puede señalarse que, al no tratarse de modificaciones de la operación que hubieran sido propuestas, o al menos aceptadas expresamente, por las partes, los notificantes podían recurrir una decisión adoptada por el Consejo de Ministros que aprobara la operación sometida a determinadas condiciones, incluso a veces con éxito<sup>47</sup>. Y ello por no mencionar que las propias condiciones podían ser consideradas inaceptables por las partes que, en algunos casos, llegaron a renunciar a la operación<sup>48</sup>.

Una posterior modificación de la Ley de 1989<sup>49</sup>, introdujo un nuevo precepto, contenido en el art. 13 ter, sobre la terminación convencional en expedientes de concentración, que preveía que el Ministro de Economía y Hacienda podía instar a las partes a presentar compromisos o modificaciones de la operación, a la vista de los cuales, y si tales compromisos eran

---

<sup>46</sup> El Reglamento 139/2004 utiliza de forma un tanto confusa los términos «condiciones» y «obligaciones». La Comisión en la actualidad ha elaborado un proyecto de Comunicación sobre soluciones aceptables que sustituye la anterior Comunicación de 2 de marzo de 2001, para adaptar el texto al Reglamento 139/2004. El último texto disponible de ese proyecto a la hora de redactar el presente trabajo es de abril de 2008, pero se trata de la versión final y presumiblemente habrá sido publicada cuando se haga público este anuario. En el apartado 19 del proyecto se diferencia entre condiciones, que consisten en la exigencia de medidas estructurales que son necesarias para solucionar los problemas de competencia, y obligaciones, que son los pasos que deben darse para llevar a cabo y adoptar tales medidas.

<sup>47</sup> En el expediente de la concentración de las plataformas digitales, los notificantes presentaron recurso contencioso-administrativo con la pretensión de que fueran anuladas algunas de las condiciones impuestas por el Acuerdo del Consejo de Ministros. El Tribunal Supremo, por sentencia de 3 de octubre de 2006 desestimó el recurso. Por su parte, en la concentración entre Prosegur/Blindados del Norte, el Consejo de Ministros impuso una determinada condición de comportamiento consistente en la congelación de los precios de los servicios durante determinado periodo de tiempo. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de abril de 2002 declaró nula esa condición.

<sup>48</sup> En el expediente de concentración entre Endesa e Iberdrola, el Consejo de Ministros subordinó la operación al cumplimiento de determinadas condiciones que no fueron aceptadas por las partes, que renunciaron a la operación.

<sup>49</sup> Reforma de la Ley 16/1989 llevada a cabo por el Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia, por la que, entre otros, se introdujo un art. 13 ter, en la Ley de Defensa de la Competencia.

considerados suficientes, la operación podía ser aceptada en primera fase. Esta peculiar modificación permitía, en consecuencia, la presentación de compromisos exclusivamente en primera fase, y limitados a la solución de los obstáculos a la competencia «fácilmente subsanables». Y estas limitaciones eran lógicas en buena medida si se tiene en cuenta el procedimiento establecido para el control de las concentraciones en la Ley de 1989 y las diferentes autoridades que intervenían en el mismo. En efecto, el hecho de que la segunda fase se caracterizara por la intervención del extinto Tribunal de Defensa de la Competencia, que carecía de poder de decisión, planteaba la dificultad de determinar quién era, en tal caso, la autoridad competente para sugerir y aceptar compromisos. Ello, en consecuencia, quedaba limitado a la primera fase, es decir la que se tramitaba con la exclusiva participación del Gobierno, a través del Ministro y el Servicio de Defensa de la Competencia. Posiblemente en tales limitaciones haya que encontrar la causa por la que tal precepto no fue aplicado durante todo el periodo en el que estuvo vigente. No se puede ignorar, por otra parte, que, en algunos casos, las sugerencias y, en cierta medida, la negociación de las condiciones, tenía lugar en la segunda fase ante el Tribunal de Defensa de la Competencia, e incluso seguramente ante el propio Ministro, pero esa práctica no tenía reflejo en la regulación legal.

Frente a este sistema, la Ley 15/2007 introduce un sistema de presentación de compromisos, tanto en primera como en segunda fase, y, al tiempo, prevé que la operación pueda ser aprobada con la aceptación de tales compromisos, aunque mantenga la posibilidad de una aprobación con condiciones. Los problemas que puedan presentarse en cada uno de estos apartados se analizarán por separado.

#### a) *Compromisos en primera y segunda fase*

El art. 57.2 de la Ley 15/2007 establece que una de las formas (b) de concluir el expediente de concentraciones en primera fase consiste en la aprobación de la operación subordinándola al cumplimiento de determinados compromisos propuestos por los notificantes. Por su parte, el art. 59 de la misma Ley regula las cuestiones relativas a la presentación de compromisos, estableciendo con claridad que podrán presentarse tanto en primera como en segunda fase, al determinar que el plazo previsto para la tramitación del expediente se ampliará en diez días en primera fase y quince días en segunda fase.

La primera cuestión que puede plantearse consiste en determinar si el nivel de exigencia de compromisos en primera y segunda fase es el mismo, o bien es diferente entre una y otra. La única exigencia establecida por el art. 59.1 para los compromisos es que deben resolver los obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva, pero en la medida que el análisis de los problemas de competencia que se detectan en primera y segunda fase es diferente, también puede llegarse a la conclusión de que las solu-



ciones que se ofrezcan para resolverlos deben ser diferentes. Y ello aun cuando la Ley española ofrezca una solución al respecto que permite una respuesta menos contundente que la norma comunitaria. El art. 6.1 del Reglamento 139/2004 establece que el primer análisis que debe realizarse por parte de la Comisión Europea al notificarse una operación de concentración tiene por objeto detectar si existen «serias dudas» de su compatibilidad con el mercado común, por lo que los compromisos ofrecidos en esa primera fase, obviamente, deben disipar tales dudas. Como quiera que el análisis de los problemas de competencia que ha de realizarse en segunda fase se caracteriza por su mayor profundidad, parece que el nivel de los compromisos en esta segunda fase puede ser diferente. Téngase en cuenta que los problemas de competencia detectados en la segunda fase han de constar en un pliego de cargos, por lo que parece obvio que los compromisos que se presenten en ella deben ir encaminados a solucionar los problemas de competencia así detectados y reflejados en el pliego de cargos. Ahora bien, si en primera fase se plantean «serias dudas», ello no significa necesariamente que tales dudas no puedan quedar despejadas como consecuencia del propio análisis en profundidad realizado en la segunda fase del procedimiento. Esto resulta evidente si tenemos en cuenta que no todas las concentraciones que se tramitan en segunda fase se aprueban con compromisos, o bien resultan prohibidas. Esta última afirmación resulta evidente en el caso español, tanto en el procedimiento de la Ley 16/1989 como en el establecido en la Ley 15/2007. En la Ley precedente, un buen número de expedientes sometidos a informe del TDC resultaron aprobados sin condiciones<sup>50</sup>, y con la vigente Ley la concentración entre Repsol/BP Oil<sup>51</sup> resultó aprobada en segunda fase sin compromisos ni condiciones. En consecuencia, puede llegar a afirmarse que los compromisos presentados en primera fase, en la medida en la que deben ir encaminados a resolver cualquier duda que presente la operación, pueden resultar incluso más onerosos para los notificantes que los que resulten necesarios en la segunda fase. Es decir, que el notificante al que, en primera fase, se le notifique la existencia de ciertas dudas sobre los problemas de competencia puede optar entre presentar compromisos o bien esperar que tales dudas queden disipadas en segunda fase como consecuencia de un análisis más profundo, propio de la segunda fase del procedimiento.

Esta solución resulta evidente en el procedimiento comunitario, pero no lo es tanto en el procedimiento español. En el procedimiento comunitario, las directrices sobre soluciones aceptables<sup>52</sup> diferencian entre los compro-

<sup>50</sup> Como se pone de manifiesto en los comentarios realizados anteriormente en relación con los datos que obran en la figura de la página 20.

<sup>51</sup> Expediente C0022/07, aprobado por Acuerdo del Consejo de la CNC de 1 de abril de 2008.

<sup>52</sup> La comunicación de la Comisión sobre las soluciones aceptables de 2 de marzo de 2001, establece en su apartado 111: «La Comisión puede aceptar compromisos en cualquiera de ambas fases del procedimiento. Sin embargo, dado que sólo en la fase II se lleva a cabo una investigación detallada del mercado, los compromisos presentados a la Comisión en la fase I deben bastar para disipar totalmente las serias dudas a efectos de la letra c) del apartado 1 del art. 6 del Reglamento sobre control de concentraciones. De conformidad con el apartado 2 del art. 10 del Reglamento 139/2004, la Comisión



misos en primera y segunda fase, en términos en los que no cabe ninguna duda sobre el alcance de los mismos, y la práctica de la actuación de la Comisión ratifica este hecho. La práctica de la Ley española no permite afirmar la cuestión con la misma contundencia, y esta afirmación queda ratificada por el hecho de que la Ley española no contenga la expresión «serias dudas», por lo que podría pensarse que los compromisos ofrecidos en primera fase han de ofrecer un alcance muy similar a los de la segunda fase. El hecho de que los compromisos incluso en primera fase sean objeto de negociación y que puedan ser sometidos al test de mercado<sup>53</sup> contribuye a esa interpretación. Frente a la expresión «serias dudas» de la norma comunitaria, el art. 69.5 RDC introduce un concepto que puede dar lugar a una interpretación distinta, en la medida en la que habla de un «problema de competencia detectado que sea fácilmente identificable», lo cual podría hacer pensar que el modelo español no es tanto, como el comunitario, un modelo de dudas que pueden quedar despejadas, bien por la aceptación de compromisos, bien por un análisis en segunda fase, sino un modelo en el que los expedientes se resuelven en primera fase bien cuando no plantean problemas de competencia, o éstos sean «fácilmente identificables» y puedan resolverse de forma igualmente fácil mediante la aceptación de compromisos.

En cierta medida, la cuestión se planteó con ocasión del primer supuesto tramitado conforme a la Ley 15/2007 en el que se ofrecieron compromisos en primera fase<sup>54</sup>. Si tenemos en cuenta el contenido de dichos compromisos, consistentes en la desinversión de establecimientos comerciales a la luz de las condiciones que habían sido impuestas en otros expedientes tramitados en segunda fase, se puede llegar fácilmente a la conclusión de que no difieren sustancialmente unos de otros, por lo que es previsible que, de haberse tramitado el expediente en segunda fase, no se hubiera exigido un nivel de compromisos diferentes. Tal afirmación es cierta, pero debe ser matizada por el hecho de que la operación pertenecía a un sector, el de distribución comercial, en el que un considerable número de precedentes habían venido sentando unos criterios sobre los supuestos en los que se deberían imponer condiciones y en cuáles supuestos no, tomando en cuen-

---

deberá aceptar una decisión por la que se declare compatible la operación en el momento en el que se disipen las serias dudas a que se hace mención en la letra *c*) del apartado 1 del art. 6, en función de los compromisos presentados por las partes. Esta norma se aplica, en particular, a los compromisos propuestos en una etapa temprana de la fase II del procedimiento. Previa investigación detallada de que la concentración lleva a la creación o fortalecimiento de una posición dominante a efectos del apartado 3 del art. 2 del Reglamento sobre control de concentraciones, los compromisos deben eliminar la creación o fortalecimiento de dicha posición dominante». El proyecto de nueva Comunicación, para adaptar las directrices al Reglamento 139/2004 mantiene (apartado 18) una redacción similar, en cualquier caso teniendo en cuenta que el test de la dominancia ha sido sustituido.

<sup>53</sup> El art. 59.3 de la Ley 15/2007 no diferencia entre compromisos ofrecidos en primera fase y segunda fase cuando prevé que los compromisos podrán ser comunicados a terceros. En la, hasta el momento, única operación aprobada en primera fase con compromisos desde la vigencia de la Ley 15/2007 (Expte. C0001/07, Día/Plus) se produjo esa comunicación.

<sup>54</sup> Concentración Día/Plus, expediente 0001/2007, aprobado en primera fase con compromisos por Resolución del Consejo de la CNC de 30 de octubre de 2007.

ta unos criterios consolidados basados en isócronas, cuota de metros cuadrados de los establecimientos comerciales, etc., que hacían perfectamente previsible la decisión de la autoridad de competencia.

Sobre la base de cuanto anteriormente ha quedado expuesto, pueden obtenerse algunas conclusiones sobre la cuestión planteada en la Ley española. En primer lugar que, en principio, el nivel de los compromisos ofrecidos en primera y segunda fase es diferente. En primera fase los compromisos deben despejar los obstáculos a la competencia que se planteen del análisis que allí se efectúe (aunque la plena analogía con la norma comunitaria no resulte posible por las diferentes expresiones utilizadas), mientras que los de la segunda fase deberán despejar los obstáculos que hayan surgido y que han de reflejarse en el pliego de concreción de hechos. Ello puede implicar que las exigencias para los primeros sean superiores a la de los segundos, pero la elección corresponde al notificante: si se espera a la segunda fase, en la confianza de que un análisis más profundo contribuya a despejar las dudas existentes, o si prefiere una mayor celeridad en la culminación del expediente, aunque sea a costa de un mayor sacrificio, esto es, de un mayor nivel de compromisos.

La segunda conclusión que se puede exigir en este apartado consiste en constatar que, cuando se trate de un expediente que ofrezca grandes afinidades con otros similares anteriormente tratados, en los que exista una doctrina consolidada sobre los problemas de competencia que se plantean y las soluciones a los mismos (como ocurre, por ejemplo, en el sector de la distribución comercial), los notificantes pueden acortar los plazos ofreciendo desde la primera fase compromisos que no diferirán sustancialmente de los que pueden ser exigidos en segunda fase. Puede decirse que, en buena medida, esta segunda apreciación supone la aplicación del precepto contenido en el art. 69.5 del Reglamento, según el cual los compromisos en primera fase sólo podrán ser aceptados cuando el problema de competencia sea claramente identificable y pueda ser fácilmente remediado y que, en consecuencia, el planteamiento de los compromisos en primera fase (y, si se quiere, también del análisis de la primera fase) tiene un alcance en ciertos aspectos diferentes en la Ley española y en el Reglamento comunitario. En definitiva, mientras que en la regulación europea los compromisos deben ser suficientes para disipar las posibles dudas que plantea la operación, en España sólo son aceptables si los problemas de competencia son fácilmente detectables y de sencilla solución. Aunque, posiblemente, en el orden práctico las soluciones aplicando un régimen u otro no sean, en definitiva, muy diferentes.

#### b) *Negociación de los compromisos*

La peculiar configuración institucional de la Ley 15/2007 y su reflejo en la tramitación de los expedientes de concentración puede ofrecer algún problema referido a la negociación de los compromisos. Tal configuración ins-



titucional supone que los expedientes de concentración deben ser presentados ante la Dirección de Investigación, que es la encargada de tramitar el expediente (art. 69.1 RDC), de la misma forma que es la competente para solicitar la modificación de los mismos (art. 69.4 RDC). La Ley 15/2007 prevé (art. 59.1) que la Comisión Nacional de la Competencia puede instar la presentación de compromisos, sin que en el texto, ni tampoco en el Reglamento, se especifique cuál es el órgano encargado de instarlo, pero teniendo en cuenta que ya que el expediente se tramita ante la Dirección de Investigación, normalmente se hará por ésta. Cuando se presenten compromisos, la Dirección de Investigación los trasladará al Consejo para su conocimiento (art. 69.3 RDC) de la misma forma que, cuando sea definitiva, se incluirá en la propuesta de resolución para que el Consejo la someta a valoración (art. 69.7 LDC). Todo este diseño normativo nos conduce a un sistema en el que cualquier relación con el notificante es realizada por la Dirección de Investigación, y, en consecuencia, toda la actividad relativa a la negociación de los compromisos ha de ser llevada a cabo por ésta. Pero tal diseño no puede por menos que resultar paradójico. La negociación implica una valoración sobre los extremos que pueden resultar aceptables y cuáles no, de la misma forma que la formulación de contrapropuestas por parte de quien negocia presupone la seguridad de que los ofrecimientos contenidos en las contrapropuestas son firmes. En definitiva, que sólo puede negociar con garantías para el notificante quien tiene la capacidad de decidir. En este sentido, el problema es que el sistema legalmente establecido consiste en que quien negocia, es decir, la Dirección de Investigación, no tiene la capacidad de decidir, porque (art. 58.3 LDC) quien tiene el poder de decisión para aceptar los compromisos es precisamente el Consejo de la CNC.

La paradoja no puede más que resolverse mediante una participación del Consejo en el proceso y en la tramitación del expediente y por lo tanto, y aunque sea indirectamente, en la negociación de los compromisos. En definitiva, la situación no puede más que conducir a un sistema de colaboración. No se puede concebir un sistema en el que toda la tramitación se lleve sin que el Consejo pueda expresar su opinión (como parece dar a entender el tenor literal del art. 69.3 RDC, que limita la comunicación al Consejo de los compromisos al simple conocimiento) porque el resultado podría conducir a que los compromisos negociados, incluso con la aceptación de las propuestas realizadas por la CNC, luego no resultaran aprobados por ésta, sin que ello signifique la contaminación del Consejo para resolver. Al fin y al cabo, el expediente de control de concentraciones no es un expediente sancionador y esa separación entre instrucción y resolución no resulta tan exigible como en los expedientes en materia de conductas.

Por ello, la solución hasta el momento dada en la tramitación de los expedientes de concentraciones por la práctica de la CNC resulta adecuada. Esa práctica implica que, desde el primer momento, el Director de Investigación informa al Consejo de la tramitación del expediente en materia de concentraciones, así como de todas las incidencias que allí se plan-



tean, entre ellas y de forma destacada de los compromisos planteados. De la misma forma que cuando una operación plantea algún problema, o parece susceptible de plantearlo, el Consejo nombra a un Consejero ponente encargado de su seguimiento y, en cierta medida, de colaboración entre el Consejo y la Dirección de Investigación. En definitiva, para hacer posible ese trabajo conjunto, sin compartimentos estancos entre departamentos, que resulta necesario como consecuencia del propio esquema institucional establecido por la Ley.

### c) *Compromisos y condiciones*

Como se ha indicado, la Ley de 1989 no preveía la presentación de compromisos por los notificantes de una operación de concentración, más que, en forma limitada y tras la reforma de 1999, en primera fase. Ahora bien, la práctica de la aplicación de ese sistema conllevaba que los notificantes y las autoridades de competencia (el Servicio en primera fase y el Tribunal y el Consejo de Ministros en segunda fase) realizaran algún tipo de negociación<sup>55</sup>. Por el contrario, la Ley preveía que la operación fuera aprobada con modificaciones a la propuesta de los notificantes introducidas por las autoridades de competencia sin necesidad de que fueran aceptadas por los notificantes. Tales modificaciones eran denominadas por la Ley como condiciones.

El sistema, además de apartarse del sistema comunitario, presentaba ciertas disfunciones. En primer lugar, podría darse el caso, real por otra parte, que las condiciones no fueran aceptadas por las partes, las cuales se podrían ver obligadas a desistir de la operación<sup>56</sup>. En segundo término, podría ocurrir que las partes presentaran recurso contra la imposición de tales condiciones y, como ha pasado en algunas ocasiones<sup>57</sup>, el Tribunal Supremo anulara la condición.

La Ley 15/2007, como se ha indicado, se separa en cierta medida de ese sistema y se acerca al modelo europeo al prever la presentación de compromisos, pero, extrañamente, muestra un cierto temor a apartarse completamente del modelo precedente y mantiene la posibilidad de que la operación se apruebe con condiciones, es decir, con modificaciones a la propuesta no realizadas por las partes. Este sistema supone, en buena medida, la persistencia de los defectos del sistema anterior, no tanto por la posibilidad de desistimiento de una operación cuando se han empleado importantes recursos para su análisis, sino por la propia posición negociadora de

<sup>55</sup> Begoña BARRANTES (*op. cit.*, t. 1, p. 347) cita varios supuestos en los que los notificantes presentaron compromisos, tanto en primera como en segunda fase.

<sup>56</sup> Como ocurrió en la frustrada concentración Endesa/Iberdrola en la que el Consejo de Ministros impuso unas duras condiciones, en buena medida propuestas por el TDC, que no fueron aceptadas por las partes, que desistieron de la operación.

<sup>57</sup> En la concentración Prosegur/Blindados del Norte, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de abril de 2002 anuló la condición impuesta consistente en limitar los incrementos de precios.

los notificantes. En una búsqueda de soluciones, si sólo se aceptan compromisos, los notificantes, interesados en que la operación llegue a buen término mediante su aprobación, se mostrarán dispuestos a llegar al límite en las modificaciones que resulten aceptables porque saben que, si no aceptan las modificaciones que se les sugieren, la operación no va a ser aprobada. Sin embargo, si aunque no se llegue al límite, la autoridad de la competencia puede aprobar la operación con tales modificaciones, el notificante puede negarse a presentar los compromisos que se le sugieren para posteriormente, si resulta previsible que tales modificaciones vayan a ser impuestas como condiciones, intentar anularlas mediante la presentación del posible recurso, cosa que tendría más difícil, por no decir imposible, si las hubiera propuesto por la vía de compromisos. En definitiva, parte de los defectos del sistema anterior persisten en el nuevo sistema, aun con expreso reconocimiento de los avances alcanzados. Para evitar estos inconvenientes sería deseable que las autoridades de competencia dejaran claro durante la tramitación del expediente su intención de no hacer uso de la facultad de imponer condiciones que le permite la ley, porque ha de quedar claro que, una vez que el texto legal permite la presentación de compromisos, la aprobación con condiciones resulta en buena medida extravagante.

Otra cosa es la cuestión, estrechamente relacionada con la anterior, relativa a determinar si los notificantes pueden presentar recurso contencioso-administrativo contra una aprobación de una operación con compromisos, es decir con modificaciones propuestas por ellos mismos. La cuestión puede resultar paradójica, en la medida en la que, formalmente, los compromisos han de ser presentados por las partes y no parece lógico que quien solicita la aprobación de una operación, y la modifica voluntariamente mediante la aprobación de compromisos, posteriormente recurra una decisión que, en definitiva, le concede lo que ha solicitado. Un primer análisis de la cuestión permite afirmar la cuestión como paradójica, pues la simple aplicación de la doctrina de los propios actos conduciría a la desestimación del recurso. Sin embargo, la cuestión se ha planteado en Derecho comunitario, en la medida en la que el Tribunal de Primera Instancia ha conocido de un recurso interpuesto por el notificante contra una decisión de la Comisión Europea en la que se aprobaba una concentración con condiciones<sup>58</sup>.

Es cierto que, conforme se ha señalado acertadamente, se trata de un supuesto excepcional<sup>59</sup>, en el que se trataba de compromisos en cierta medida impuestos por la Comisión Europea, y en el que ni la Comisión ni el Tribunal analizaron la admisibilidad del recurso. La excepcionalidad del

<sup>58</sup> Sentencia del TPI de 23 de febrero de 2006, *Cementbouw/Comisión*, Asunto T-282/02.

<sup>59</sup> Josep Maria CARPI BADIA: «Compromisos (remedios) en asuntos de concentraciones entre empresas: el control por el Juez Comunitario de las Decisiones de la Comisión Europea», en *Anuario de la Competencia 2005*, Madrid-Barcelona, Fundación ICO-Marcial Pons, 2006, pp. 430-432. En el mismo sentido Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, «Los problemas de las soluciones: compromisos en el control de concentraciones», en *Revista de Derecho de la Competencia y la Distribución*, núm. 1, 2007, p. 124.



supuesto quedaba ratificada, en primer lugar, porque se trataba de una concentración que inicialmente no había sido notificada y en la que las partes negaban la existencia de concentración, y, en segundo término, porque los compromisos eran de tal calibre que, de hecho, equivalían a una prohibición. En cualquier caso, el Tribunal desestimó la pretensión de los recurrentes por la que se consideraba que los compromisos habían sido «impuestos», por considerar que tal circunstancia no había quedado demostrada. Podría pensarse que el recurso se interpuso en ese supuesto contra la imposición de compromisos. En cualquier caso, el precedente no puede servir para concluir que resulta admisible, en Derecho comunitario, que el notificante presente recurso contra una decisión de aprobación de una operación de concentración con compromisos<sup>60</sup>.

Y si tales dudas existen en Derecho comunitario, las razones en contra de la admisibilidad de este tipo de recursos en la Ley española quedan acentuadas. Y no sólo porque quien presentara tal recurso iría claramente contra sus propios actos, sino porque, al ser posible que la operación se apruebe con condiciones, el posible argumento relativo a la imposición de los compromisos, y que la única opción del notificante sea la de aceptar tales compromisos ante la seguridad de que, en caso contrario, la operación resultaría prohibida, queda considerablemente debilitada. Además, si se considera que el recurso, en el supuesto comunitario comentado, se interpuso contra la «imposición» de compromisos, no cabe duda de que no cabe recurso en la Ley española, porque en nuestra legislación la imposición se realiza por la vía de condiciones, no por la de los compromisos.

## 6. CONCLUSIONES

Con anterioridad se han comentado algunos, ya anunciamos que ni tan siquiera todos, los aspectos del régimen de control de concentraciones que han resultado modificados como consecuencia de la aprobación de la Ley de Defensa de la Competencia de 3 de julio de 2007, que, y también lo habíamos anunciado, constituyen uno de los capítulos en los que la reforma ha tenido mayor trascendencia. Y, como comentario final debe ratificarse, aun cuando así pueda deducirse del contenido del texto, que las reformas en este capítulo, también es cierto que el mismo comentario puede realizarse del conjunto de la Ley, han resultado sumamente positivas. Aunque la Ley no resulte perfecta (¿hay alguna obra humana que lo sea?), las críticas sobre aspectos concretos no pueden ocultar la valoración sumamente positiva de la nueva norma. Y particularmente del capítulo relativo al control de concentraciones.

---

<sup>60</sup> Joseph Maria CARPI BADIA, *op. cit.*, p. 431





## CRITERIOS SUSTANTIVOS DEL CONTROL DE CONCENTRACIONES EN LA LEY 15/2007

Inmaculada GUTIÉRREZ CARRIZO

Consejera de la Comisión Nacional de la Competencia

La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, introdujo un sistema de control de concentraciones que, a lo largo del tiempo, ha ido sufriendo diversos cambios. La nueva Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consolida ese sistema de control de concentraciones que se ha ido forjando a través de estos años, al tiempo que introduce ciertas modificaciones en el mismo.

El objeto de este artículo es analizar los principios sustantivos sobre los que se asienta el sistema de control de concentraciones diseñado en la Ley 15/2007. Ello nos permitirá a su vez observar qué ha cambiado con respecto a la Ley 16/1989 y qué se ha mantenido, al tiempo que establecemos ciertas relaciones con el sistema comunitario.

A grandes rasgos, podemos avanzar que la Ley 15/2007 sigue una línea continuista con respecto a la Ley 16/1989 en lo que al análisis sustantivo del control de concentraciones se refiere, así como de coherencia con el actual marco comunitario. Sin perjuicio de ello, se han producido algunas modificaciones que tienen gran relevancia para el análisis sustantivo, fundamentalmente en lo que respecta a la claridad con que la Ley atribuye a la Comisión Nacional de la Competencia en exclusiva la capacidad para aplicar los criterios sustantivos de competencia.

Analizaremos, en primer lugar, cuáles son esas semejanzas con la Ley 16/1989 para a continuación examinar cuáles han sido los cambios en el sistema que tienen una mayor incidencia para el análisis sustantivo. Por último, repasaremos sucintamente cómo la aplicación de los criterios sustantivos para la valoración de las operaciones de concentración necesariamente ha de descansar sobre el análisis económico. En particular, el método de análisis y las razones que pueden llevar a identificar una posible obstaculización de la competencia efectiva.

## 1. LÍNEA CONTINUISTA

La Ley 16/1989 tomaba en cuenta como criterio para valorar las operaciones de concentración su capacidad de obstaculizar la competencia efectiva. Así, el art. 16 de la Ley 16/1989 en su apartado 1 establecía que «una vez remitido el expediente al Tribunal de Defensa de la Competencia, éste deberá emitir su dictamen sobre la operación antes de dos meses. La apreciación de si un proyecto u operación de concentración puede obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado se basará en un análisis de sus efectos restrictivos, previsibles o constatados...».

La Ley 15/2007 opta por una línea continuista en lo que se refiere al test sustantivo en materia de control de concentraciones. Se ha tratado de mejorar, eso sí, la técnica legislativa con respecto al anterior texto. Con este fin, la Ley aborda por separado las cuestiones sustantivas (Título I) de las procedimentales (Título IV). Dentro del Título I, el art. 10 se refiere a criterios de valoración sustantiva en materia de control de concentraciones. En su apartado 1 mantiene un criterio similar al de la Ley 16: «La Comisión Nacional de la Competencia valorará las concentraciones económicas atendiendo a la posible obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional». Dicho criterio aplica a la valoración de toda operación que se analice, ya sea en primera o segunda fase.

Esta línea continuista no debe resultar extraña, vista la evolución de la normativa europea hacia un tipo de test similar al que se había venido aplicando en España. Recordemos que mientras la Ley española del año 1989 hablaba de obstaculización de la competencia efectiva, el Reglamento de Concentraciones comunitario entonces vigente<sup>1</sup> mantenía como test la creación o reforzamiento de la posición de dominio. Al igual que ocurriera en Estados Unidos en los años noventa, en la Unión Europea se abrió un largo y profundo debate sobre la necesidad de revisar el sistema de control de concentraciones, entre otras cuestiones, para dar al mismo una orientación más consistente con el análisis económico. El Reglamento (CE) núm. 139/2004<sup>2</sup> actualmente vigente es fruto de este proceso. Dicho Reglamento, en su art. 2.3, establece que «las concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia efectiva en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en particular como consecuencia de la creación o refuerzo de una posición dominante, se declararán incompatibles con el mercado común». En definitiva, el nuevo Reglamento comunitario alcanzó una solución de compromiso, dando el paso hacia un test de obstaculización significativa de la competencia efectiva, al tiempo que preservaba el tradicional test de creación o reforza-

<sup>1</sup> En concreto, el artículo de dicho Reglamento establecía que «toda fusión que cree o refuerce una posición de dominio que restrinja la competencia de manera significativa debe ser prohibida». Reglamento (CEE) núm. 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, *DOCE* L 395, pp. 1 a 12.

<sup>2</sup> Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, *DOCE* L 24, pp. 1 a 22, modifica el anterior Reglamento.



miento de la posición de dominio como caso particular del primero. Si la normativa de defensa de la competencia española había optado por el test de obstaculización de la competencia efectiva cuando la normativa comunitaria no lo hacía, con más razón debe hacerlo ahora que el debate económico y el sistema comunitario apoyan el mismo. Al fin y al cabo, no olvidemos que uno de los objetivos de la Ley 15/2007, como su exposición de motivos declara, es buscar la consistencia con el sistema comunitario.

Como no puede ser de otra manera, el test recogido en el art. 10 es plenamente coherente con los objetivos generales que defiende la Ley 15/2007. En el preámbulo de la Ley se declara que «...resulta preciso disponer de un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos de mercado». El preámbulo de la Ley también nos explica que protegemos la competencia efectiva porque con ello se disciplina la actuación de las empresas y se reasignan los factores productivos de la manera más eficiente. Esta mayor eficiencia se traslada al consumidor en forma de menores precios o de más o mejores productos, con el consiguiente incremento del bienestar para el conjunto de la sociedad.

Las operaciones de concentración no dejan de ser una expresión más del dinamismo de los mercados. En su búsqueda del beneficio, las empresas tratan de penetrar en nuevos sectores, lanzar nuevos productos, diferenciar los que ya comercializan, alcanzar una dimensión que les permita ganar poder negociador, aprovechar economías de escala o alcance o diluir sus riesgos. Las operaciones de concentración no dejan de ser un instrumento más al que las empresas pueden recurrir para lograr estos y otros objetivos. Todo ello puede redundar en última instancia en un incremento del bienestar económico y las operaciones de concentración no dejan de ser instrumento para ello. Permiten formar grupos empresariales más competitivos y fuerzan la desaparición de operadores supuestamente más ineficientes, facilitando los procesos de reasignación de recursos. Las concentraciones constituyen también un importante instrumento de control corporativo, puesto que las empresas mal gestionadas podrán, al menos teóricamente, ser absorbidas por aquellos que puedan con su gestión y sus recursos lograr que generen un mayor valor en el mercado.

Sin embargo, las concentraciones como medida para incrementar el beneficio empresarial son compatibles con una mejora del bienestar económico siempre y cuando se preserve la rivalidad entre empresas. En otras palabras, puede ocurrir que la operación suponga la desaparición de un competidor sustancial y la creación de una entidad con un poder de mercado sustancial y con capacidad de ejercerlo. Si es así, es factible que la empresa imponga a sus clientes condiciones comerciales que mejoren su cuenta de resultados. Pero, en ese caso, es muy probable que la operación de concentración y la actuación de la entidad resultante, lejos de contribuir al bienestar económico general, lo deteriore. Incluso en el caso de que junto al motivo «poder de mercado» la operación persiga otro tipo

de eficiencias, en ausencia de competencia efectiva no puede asegurarse que las mismas se trasladen a los clientes y, por tanto, que se compensen los efectos perversos que la operación pueda tener en términos de *output* y precios.

De ello se deduce, tal y como dice la Ley, que desde el punto de vista del interés general nos deben preocupar aquellas operaciones de concentración que pueden tener el efecto de obstaculizar la competencia. Esto es, aquellas que den lugar a un nuevo escenario en los mercados bajo el cual sea plausible que las empresas tengan una mayor capacidad de incrementar los precios o la eficiencia dinámica se vea mermada, de manera que el bienestar general se vea afectado de forma negativa. Por tanto, las operaciones de concentración pueden tener efectos contrapuestos sobre el bienestar económico. Ello supone que se deben valorar los posibles efectos anti-competitivos de la operación teniendo en cuenta los factores compensatorios que resulten pertinentes al caso, como el poder de la demanda, el alcance de las barreras de entrada y las posibles eficiencias alegadas por las partes<sup>3</sup> con el fin de determinar cuáles preponderan.

Desde el punto de vista de la aplicación de este test sustantivo, es interesante tener en cuenta una serie de aspectos sobre su interpretación y ámbito de aplicación.

En primer lugar, como ya sucediera con la Ley 16/1989, estamos ante un test basado en la posibilidad del efecto. Recordemos que el art. 10 de la Ley 15/2007 habla de que la Comisión Nacional de la Competencia valorará las concentraciones económicas atendiendo a la *posible* obstaculización del mantenimiento de una competencia efectiva<sup>4</sup>. En definitiva, la norma no pide una cuantificación estricta del efecto neto, sin duda porque ello no resultaría operativo. Tal y como sucede también en el ámbito del control de concentraciones comunitario, se debe evaluar el impacto *previsible* de la concentración en los mercados de referencia. Ello no quiere decir que no deban concretarse los posibles problemas de competencia que la autoridad aprecia y argumentar las razones por los que se considera previsible que se produzcan los efectos anticompetitivos. De hecho, ése es el objeto del informe que debe elaborar la Dirección de Investigación, así como del Pliego de Concreción de Hechos previsto en el art. 58 de la Ley. Pero en ningún caso

---

<sup>3</sup> Así lo recogen también las directrices de la Comisión Europa. Ver apartado 12 de las directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas, *DOCE* C 31, pp. 5 a 18.

<sup>4</sup> Al hablar de la instrucción de la segunda fase el art. 58 de la Ley se refiere a que el Pliego de Concreción recogerá los *posibles* obstáculos a la competencia. También el Reglamento 261/2008 se pronuncia en estos términos. En concreto, en relación con la primera fase se refiere en su art. 62 a que la Dirección de Investigación ha de elevar al Consejo un informe y una propuesta de resolución expresando su criterio sobre si la concentración notificada *puede* obstaculizar el mantenimiento de la competencia efectiva en todo o parte del mercado nacional. El art. 69 sobre presentación de compromisos en primera y segunda fase dice en su apartado 4 que la Dirección de Investigación examinará los compromisos presentados por el notificante y podrá solicitar la modificación de los mismos cuando considere que son insuficientes para eliminar los *posibles* obstáculos a la competencia que puedan derivarse de la operación.



la Ley marca como estándar de prueba que se lleguen a cuantificar tales efectos o la probabilidad de que se produzcan.

En segundo lugar, a diferencia de lo que sucede con la norma comunitaria, la Ley 15/2007 no especifica que la posible obstaculización de la competencia efectiva deba de ser *significativa*. En esto la Ley 15/2007 vuelve a guardar una línea continuista con respecto a la Ley 16/1989, que tampoco exigía que la obstaculización de la competencia efectiva fuera significativa. Este hecho podría despertar la duda sobre si existe el riesgo de que el sistema español pueda ser excesivamente beligerante con las concentraciones, algo que podría restar dinamismo a los mercados. Creemos que no existe tal riesgo. La diferencia entre nuestro sistema y el comunitario se trata más bien de una consecuencia de cómo se enuncia el test en cada caso. El Reglamento 139/2004 del Consejo declara incompatibles con el mercado común<sup>5</sup> aquellas concentraciones que sean susceptibles de obstaculizar de forma significativa la competencia. Es decir, la obstaculización significativa es el prerrequisito para la prohibición. A partir de aquí, se puedan contemplar compromisos para compatibilizar la concentración con el mercado común. En cambio, el art. 10 se refiere a la posible obstaculización de la competencia efectiva como criterio que debe guiar la valoración de la operación por parte de la Comisión Nacional de la Competencia. Obviamente, se objetarán sólo aquellas operaciones de concentración donde el efecto anticompetitivo sea relevante y probable.

Los datos sobre la ejecución del control de concentraciones en España con la nueva Ley corroboran la idea de que no se puede calificar nuestro sistema de excesivamente beligerante. Como se puede observar en la tabla, el número de operaciones que se han objetado y han requerido de compromisos para su autorización es escaso. Por otro lado, en el año que ha transcurrido desde que entrara en vigor la Ley, no se han dado casos de prohibición. Puede interpretarse a partir de ello que el sistema de control de concentraciones actúa adecuadamente como mecanismo preventivo sin necesidad de coartar en exceso las estrategias empresariales.

	Primera fase			Segunda fase	Art. 22 Reglamento 139/2004
	Sin condiciones	Con condiciones	Archivo		
2007 (sept.-dic.)	35	1	2	11 (autorizada sin condiciones)	1
2008 (enero- agosto)	48	1	0	1 (archivo por desistimiento)	

<sup>5</sup> Lo cual resulta equivalente a la prohibición que contempla el art. 58.4.c) de la Ley española.



Resulta interesante destacar que la norma no impide que operaciones que puedan dar lugar a problemas de competencia sean aprobadas con remedios en primera fase, incluso si los posibles problemas son graves. Como ya sucediera con la anterior Ley, aunque ahora si cabe de manera más clara<sup>6</sup>, la posibilidad de compromisos en primera fase no se subordina a la gravedad del problema, sino a la facilidad de su diagnóstico y su solución. Aunque ello pueda resultar aparentemente chocante, lo cierto es que resulta lógico que la duración del procedimiento tenga que ver con la dificultad del análisis y no con la gravedad de los efectos de la concentración. En situaciones donde, por conocimiento previo del mercado o por otro tipo de razones, resulte claro cómo resolver los problemas y hay disposición a hacerlo, ¿por qué alargar los procedimientos innecesariamente? Dicho esto, con frecuencia aquellas operaciones susceptibles de presentar mayores problemas de competencia requieren un análisis más complejo y por-menorizado.

En lo que se refiere al ámbito de aplicación del control de concentraciones, como ya se ha comentado, no todas las operaciones de concentración son susceptibles de perjudicar al bienestar general. Dicho de otra forma, en numerosos casos no es previsible que los efectos anticompetitivos prevalezcan. Por ello, las normas de competencia no controlan todas las operaciones de concentración, sino sólo aquellas susceptibles de tener un cierto efecto sobre la competencia en el mercado. Para ello se establecen umbrales que tratan de captar tales operaciones mediante alguna *proxi* de tipo cuantitativo. Es obvio que estos umbrales tienen importantes implicaciones desde el punto de vista sustantivo, puesto que de ellos depende qué operaciones se llegan a analizar.

En la mayor parte de los sistemas de nuestro entorno se fijan umbrales de volumen de negocio, de tal forma que se controlan sólo aquellas operaciones entre grupos empresariales que tienen un cierto tamaño. El sistema español no ha sido ajeno a este criterio, pero lo complementa con otro de cuota de mercado, de tal forma que también deben ser notificadas aquellas operaciones que superen una determinada cuota<sup>7</sup>. En este aspecto la Ley 15/2007 también ha seguido una línea continuista<sup>8</sup>. De hecho, este criterio

<sup>6</sup> A ello se refiere el apartado 5 del art. 69 de la Ley 15/2007.

<sup>7</sup> El art. 8 de la Ley 15/2007 establece el ámbito de aplicación del control de concentraciones. En su apartado 1 dice: «El procedimiento de control previsto en la presente Ley se aplicará a las concentraciones económicas cuando concurra al menos una de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por 100 del mercado relevante de producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.
- b) Que el volumen de negocios global en España del conjunto de los partícipes supere 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».

<sup>8</sup> La Ley 16/1989 daba umbrales para la notificación voluntaria. El art. 10 del Capítulo VIII del Real Decreto-Ley 6/1999, de 16 de abril, de Medidas Urgentes de Liberalización e Incremento de la Competencia introdujo la obligación de notificar. Previamente la notificación era voluntaria.

se ha mantenido a pesar de que genera cierta controversia y de que algunas de las observaciones al Libro Blanco para la reforma de la Ley propugnaban su supresión. Estas críticas se basan fundamentalmente en que, al definir mediante una cuota de mercado el ámbito de aplicación del control de concentraciones, se está exigiendo a las empresas definir el mercado relevante para saber si tienen obligación de notificar. Este concepto resulta menos objetivo o verificable que el volumen de negocios y, por tanto, se argumenta que puede introducir una mayor inseguridad jurídica para las empresas. También se dice que el umbral de cuota puede llevar a notificar operaciones de escasa relevancia económica, generando un exceso de carga para las empresas<sup>9</sup>.

Sin restar importancia a estos argumentos, hay ciertas razones que contrarrestan con creces los posibles inconvenientes del umbral de cuota de mercado, así como elementos que los palían. Primero, este criterio resulta mucho más coherente desde la perspectiva del análisis económico, porque es una *proxy* del poder de mercado mejor que el volumen de negocios de las empresas partícipes<sup>10</sup>. Segundo, mercado relevante es un concepto habitual en el ámbito de la defensa de la competencia, que no resulta tan inasequible para las empresas que pueden estar sujetas a la obligación de notificar ni para sus representantes legales. Tercero, en todo caso, tanto la norma como el uso ofrecen herramientas para despejar dudas y evitar perjuicios a la seguridad jurídica. Por una parte, la Ley prevé que las empresas presenten una Consulta Previa mediante la cual la Comisión Nacional de la Competencia se pronuncia sobre si los umbrales se cumplen y la operación está sujeta a notificación. Por otro lado, no debe obviarse que la Dirección de Investigación realiza una importante labor atendiendo a las dudas que, informalmente, puedan plantearle las empresas. Aunque éste no sea un instrumento formal, el valor del mismo no debe menospreciarse. Por último, no debemos olvidar que el umbral de cuota de mercado constituye en el caso del sistema español un mecanismo amplia y largamente testado. A través de los años de experiencia no puede concluirse que haya generado una excesiva inseguridad a las empresas.

Dicho esto, puede haber alternativas que permitan combinar las ventajas del umbral de cuota de mercado exceptuando aquellas de escasa relevancia. Podría plantearse un criterio que combine de forma cumulativa el

<sup>9</sup> Ver, por ejemplo, F. MARCOS y A. SÁNCHEZ, «Lights and Shadows in the Modernization of Spanish Merger Review», *The Threshold. The Newsletter of the Mergers & Acquisitions Committee (ABA Antitrust Section)*, vol. VIII, núm. 3, verano 2008, pp. 25-30.

<sup>10</sup> Hay casos que no se captarían con el umbral de volumen de negocios pero que son notificables ante la autoridad española por cumplir el umbral de cuota de mercado, donde el análisis ha revelado la existencia de problemas de competencia, incluso no sólo a escala nacional. Por ejemplo, el asunto C001 1/07 ABF, activos GBI fue notificado por cumplir el umbral de cuota de mercado. El análisis de la Dirección de Investigación reveló que de la operación se podían derivar obstáculos a la competencia en los mercados de producción y comercialización de levadura en diversos países europeos. Por esta razón, la CNC solicitó el reenvío del caso a la Comisión Europea en aplicación del art. 22 del Reglamento 139/2004. La Comisión admitió el asunto y, de hecho, ha abierto una segunda fase sobre el asunto que a día de hoy sigue en tramitación (M.4980 ABF/GBI Business).



criterio de cuota de mercado con el de volumen de negocios. De esta manera, se notificarían aquellas operaciones con cierto impacto en la estructura de mercado, pero también con una cierta relevancia económica. Sin duda, al menos desde el punto de vista de la autora, éste es un debate a abordar.

La Ley 15/2007 no ha elevado con respecto a su predecesora el umbral de volumen de negocios<sup>11</sup>. No obstante, sí ha elevado el de cuota de mercado, que ha pasado de un 25 por 100 a un 30 por 100 del mercado relevante<sup>12</sup>. Desde un punto de vista sustantivo, ello puede interpretarse como una dulcificación del control bajo la Ley 15/2007. Sin perjuicio de ello, no debemos ignorar que nos movemos en mercados cada vez más globalizados. Un mayor grado de concentración a escala nacional no necesariamente supone una menor presión competitiva cuando se trata de mercados supranacionales y hay operadores que previenen el posible ejercicio de poder de mercado local.

## 2. PRINCIPALES DIFERENCIAS

Aunque la línea de la Ley 15/2007 sea abiertamente continuista con respecto a su predecesora en lo que se refiere a principios sustantivos, existen entre ambas importantes diferencias, que sean o no en sentido estricto de tipo sustantivo tienen innegables repercusiones a este respecto porque contribuyen a clarificar y a mejorar el análisis sustantivo de la operación. Nos referimos, primero y fundamentalmente, a la especialización que la Ley otorga en la aplicación de los criterios sustantivos a los diferentes órganos con competencias en la materia, Comisión Nacional de la Competencia y Consejo de Ministros. En segundo lugar, a los elementos del análisis sustantivo que la Ley enumera y, en particular, al tratamiento de las eficiencias. En tercer lugar, a la posibilidad de que las empresas presenten compromisos.

### A. ESPECIALIZACIÓN EN LA APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS SUSTANTIVOS

Sin duda el aspecto más relevante de la reforma del sistema de control de concentraciones en la Ley 15/2007 es la modificación en la atribución de

---

<sup>11</sup> El apartado 3 de la Disposición Final Segunda establece que: «...se autoriza al Gobierno para que, previo informe de la Comisión Nacional de la Competencia, mediante Real Decreto modifique los umbrales establecidos en el art. 8 de la presente Ley. En todo caso, la Comisión Nacional de la Competencia realizará cada tres años una valoración de la aplicación de dichos umbrales a los efectos de proponer, en su caso, su modificación al Gobierno». Esta posibilidad de revisión deja margen para actualizar los umbrales de volumen de negocios, que por el mero efecto de la inflación se ven reducidos en términos relativos con el paso del tiempo, tendiendo a captar más operaciones y resultar más exigentes.

<sup>12</sup> De las operaciones notificadas en 2007 en cumplimiento de la Ley 15/2007, un 56 por 100 cumplían el umbral de cuota de mercado, un 22 por 100 el de volumen de negocio y el resto de las operaciones cumplían ambos. En 2008, estos porcentajes para las operaciones notificadas de enero a agosto son del 62 por 100, 21 por 100 y 17 por 100, respectivamente.



competencias de los órganos encargados del control. La Ley 16/1989 dejaba en manos del Ministro de Economía la decisión de remitir una operación a la segunda fase o considerar la operación autorizada. En esa segunda fase el Tribunal de Defensa de la Competencia era quien realizaba un análisis en profundidad del asunto, pero sus conclusiones tenían el carácter de dictamen preceptivo pero no vinculante. Era el Consejo de Ministros quien tomaba la decisión.

La Ley 15/2007 ha cambiado este esquema en profundidad. Ahora es la Comisión Nacional de la Competencia quien tiene la competencia para recibir la notificación y valorar las operaciones, tomando la decisión que proceda. De acuerdo con el art. 60 de la Ley 15/2007, la intervención del Gobierno está prevista sólo en el caso de operaciones que hayan pasado a segunda fase y hayan sido prohibidas o condicionadas por el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. En esos casos el Consejo de Ministros puede, a instancia del Ministro de Economía y Hacienda, acordar autorizar la concentración con o sin condiciones y siempre que este acuerdo esté debidamente motivado en razones de interés general distintas a las de competencia.

Desde un punto de vista sustantivo, resulta sumamente relevante que esta asignación de competencias va unida a un especialización en la aplicación de los criterios sustantivos. Como resalta el preámbulo de la Ley: «Por lo que respecta a los criterios de valoración sustantiva, la Ley separa claramente los que guiarán la toma de decisiones por parte de la Comisión Nacional de la Competencia, centrados en el mantenimiento de la competencia efectiva en los mercados, de aquellos en que podrá basarse la intervención del Gobierno, relacionados con la protección del interés general de la sociedad».

En efecto, el art. 10 establece como ya hemos visto el criterio de posible obstaculización de la competencia efectiva como guía de la valoración a efectuar por la Comisión Nacional de la Competencia. Con carácter adicional, en su apartado 4 clarifica que para ejercer las competencias que le reserva el art. 60, el Consejo de Ministros podrá valorar las concentraciones económicas atendiendo a criterios de interés general, si bien dichos criterios han de ser distintos a los de defensa de la competencia. Y añade:

«En particular, se entenderá como tales los siguientes:

- a) defensa y seguridad nacional,
- b) protección de la seguridad o salud públicas,
- c) libre circulación de bienes y servicios dentro del territorio nacional,
- d) protección del medio ambiente,
- e) promoción de la investigación y el desarrollo tecnológicos,
- f) garantía de un adecuado mantenimiento de los objetivos de la regulación sectorial».

Esta especialización en los criterios de análisis supone que la Comisión Nacional de la Competencia tiene la competencia exclusiva

para valorar el impacto de una operación desde la perspectiva de defensa de la competencia, sin perjuicio, por supuesto, del control jurisdiccional. Al propio tiempo, reserva al Gobierno una cierta capacidad para intervenir en determinados casos, en base a otros objetivos de interés general. Supuesto que una operación deteriora el bienestar desde la perspectiva de competencia y hay motivos para prohibirla o condicionarla puede haber sin embargo otros motivos de política económica o social para aprobarla y el Gobierno será competente para plantearlos y considerar su posible aprobación. No en vano el funcionamiento de los mercados no es el único principio constitucional a defender y el Gobierno puede y debe tenerlo en cuenta.

Con esta separación de funciones se prioriza el objetivo de preservar la competencia, pero se deja margen para compatibilizarlo con otro tipo de fines, eso sí, de forma que ambas decisiones quedan lo suficientemente deslindadas. Con esta separación se consiguen diversas ventajas. Se previene que consideraciones ajenas a la defensa de la competencia contaminen el análisis que la Comisión Nacional de la Competencia realiza. Con ello, se refuerza además la independencia del órgano. Se logra además que resulten más patentes los costes que en términos de deterioro del funcionamiento del mercado y de su eficiencia —al margen de los políticos y de imagen— tiene la aprobación de la operación por motivos ajenos a los de competencia, lo que invita a contemplar con más cautela la decisión de intervenir.

## B. ELEMENTOS DEL ANÁLISIS

Como ya hiciera la Ley 16/1989<sup>13</sup>, el art. 10 de la Ley 15/2007 enumera con carácter no exhaustivo los elementos que la Comisión Nacional de la Competencia debe tener en cuenta en su análisis para valorar una operación de concentración. No obstante, la norma vigente amplía estos elementos y los reformula dándoles un enfoque mucho más económico y acorde con la situación actual de los mercados. De hecho se recogen aquellos aspectos, estructurales y de comportamiento, que resultan claves para analizar el funcionamiento del mercado, valorar el grado de competencia y cómo la operación puede afectar al mismo. En concreto:

- «a) la estructura de todos los mercados relevantes,
- b) la posición en los mercados de las empresas afectadas, su fortaleza económica y financiera,
- c) la competencia real o potencial de empresas situadas dentro o fuera del territorio nacional,

---

<sup>13</sup> De acuerdo con el art. 16 de la Ley 16/1989 el análisis debía atender, principalmente, a las siguientes circunstancias: a) Delimitación del mercado relevante; b) su estructura; c) las posibilidades de elección de los proveedores, distribuidores y consumidores o usuarios; d) el poder económico y financiero de las empresas; e) la evolución de la oferta y la demanda, y f) la competencia exterior.



- d) las posibilidades de elección de proveedores y consumidores, su acceso a las fuentes de suministro o a los mercados,
- e) la existencia de barreras para el acceso a dichos mercados,
- f) la evolución de la oferta y de la demanda de los productos y servicios de que se trate,
- g) el poder de negociación de la demanda o de la oferta y su capacidad para compensar la posición en el mercado de las empresas afectadas».

El aspecto más novedoso del nuevo marco normativo con respecto a los elementos de análisis tal vez es el tratamiento que se da a las eficiencias. No es que la anterior norma no contemplara una defensa de eficiencias<sup>14</sup>, pero ahora su tratamiento es mucho más explícito. De hecho, la Ley 15/2007 resulta más explícita a este respecto que el propio Reglamento comunitario de control de concentraciones<sup>15</sup>. La relación de elementos de análisis termina en una letra *h*), que incluye entre los elementos a tener en cuenta, textualmente:

- «*h*) las eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y, en particular, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización así como a la competitividad empresarial, y la medida en que dichas eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, en concreto, en la forma de una mayor o mejor oferta y de menores precios».

Esta aceptación explícita de la defensa de eficiencias resulta positiva. Si se tuvieran en cuenta los efectos que origina la operación como consecuencia del incremento del poder de mercado de las empresas sin considerar las eficiencias que puede generar, tenderíamos a exagerar su efecto negativo sobre el bienestar económico y el riesgo de tomar decisiones erróneas sobre las operaciones de concentración sería más elevado.

Pero no sólo importa que la norma tenga en cuenta un análisis de eficiencias. Es importante también cómo lo tiene en cuenta. Es decir, cómo se definen las eficiencias y qué requisitos se las exige para incluirlas en el análisis. Ésta es una materia sujeta a un intenso debate económico, en particular en Europa con la revisión del Reglamento comunitario de control de concentraciones. A este respecto, como a continuación veremos, la Ley 15/2007 ha dado ciertos pasos que resultan interesantes para tener en cuenta.

---

<sup>14</sup> El art. 16 de la Ley 16/1989 decía: «El Tribunal podrá considerar, asimismo, la contribución que la concentración pueda aportar a la mejora de los sistemas de producción o comercialización, al fomento del progreso técnico o económico, a la competitividad internacional de la industria nacional o a los intereses de los consumidores o usuarios y si esta aportación es suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia».

<sup>15</sup> Aunque las directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales con arreglo al Reglamento del Consejo sobre el control de las concentraciones entre empresas (2004/C 31/03) sí abordan con detalle el tema.



En primer lugar, existen diversos tipos de eficiencias. La teoría económica identifica eficiencias de costes y de demanda. Las primeras se producen cuando la operación contribuye a reducir los costes de producción y distribución por razones diferentes, como puedan ser economías de escala y alcance, racionalización de la producción y distribución, mejora de su capacidad o incentivo a la I+D o un mejor acceso a los mercados de capitales. Las eficiencias de demanda son aquellas que permiten a las empresas que se concentran ofrecer a los consumidores unos productos o servicios en condiciones que les resultan más atractivas<sup>16</sup>. Mientras que este tipo de eficiencias repercute directamente en el bienestar de los consumidores, las eficiencias de costes sólo lo harán en la medida en que las empresas se las trasladen (*pass-on*). De esta forma, las eficiencias de costes, aunque mejoren el bienestar total pueden no necesariamente mejorar el bienestar de los consumidores o, al menos, de parte de ellos.

¿Qué tipo de eficiencias se deben tener en cuenta? En principio, debe tenerse en cuenta todo tipo, independientemente de su naturaleza. Así lo admite la Comisión Europea en el apartado 77 de sus directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales: «En su evaluación general de una concentración, la Comisión toma en consideración toda eficiencia invocada y probada». La redacción que nuestra norma da en el apartado h) del art. 10.1 es lo bastante amplia como para que también bajo el sistema español todo tipo de eficiencias puedan ser tenidas en cuenta.

Sin perjuicio de que a priori todo tipo de eficiencia pueda ser invocada, lo cierto es que se suele exigir que cumplan ciertos requisitos para ser tenidas en cuenta en el análisis. Al fin y al cabo, lo que se plantea es si una operación que puede producir efectos negativos sobre el bienestar económico puede ser aprobada porque las eficiencias que genera contrarrestan dichos efectos. Luego parece lógico tomar ciertas cautelas sobre cómo y cuándo deben tomarse en consideración.

El apartado 78 de las directrices de la Comisión Europea concreta los requisitos exigibles a las exigencias bajo el sistema comunitario. «Para que la Comisión pueda tener en cuenta las eficiencias invocadas en su evaluación de la concentración y llegar a la conclusión de que, gracias a las mismas, no hay motivos para declarar la concentración incompatible con el mercado común, las eficiencias deben beneficiar a los consumidores, tener un carácter inherente a la concentración y ser verificables. Estas condiciones son acumulativas.»

Al exigir que sean verificables se busca tener una seguridad razonable de que las eficiencias se materializarán y que, por tanto, los efectos negativos se verán realmente compensados. El Reglamento de Defensa de la Competencia<sup>17</sup> recoge este requisito en su art. 6: «Para que la Comisión

<sup>16</sup> Lo que resulta equivalente a un desplazamiento de la curva de demanda hacia la derecha.

<sup>17</sup> Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia. *BOE*, núm. 50, de 27 de febrero de 2008.

Nacional de la Competencia tenga en cuenta las eficiencias económicas previstas en el art. 10.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, invocadas por las partes en una operación de concentración, el notificante deberá describir su naturaleza y efectos, cuantificando los mismos cuando sea posible, así como el plazo en que prevé que se desarrollen, acreditando todos estos aspectos con los medios a su alcance».

Otro de los requisitos que se exigen en el ámbito comunitario es que las eficiencias sean específicas a la operación que se notifica. En particular su punto 85 dice: «Las eficiencias son pertinentes para la evaluación competitiva cuando son consecuencia directa de la concentración notificada y no pueden materializarse en la misma medida a través de soluciones alternativas menos anticompetitivas». La Ley 15/2007 no dice explícitamente tal cosa, si bien habla de *eficiencias económicas derivadas de la operación de concentración y de facto* en los análisis se suele considerar su especificidad.

En todo caso, se trata de un requisito controvertido. Si las eficiencias derivadas de la operación consiguen realmente que el efecto neto de la operación sobre el bienestar sea positivo, ¿hasta qué punto las autoridades deben bloquear la misma caso de que tales eficiencias no sean específicas a la operación? Puede ser que la empresa pudiera adoptar otra estrategia más favorable desde el punto de vista del interés general. Pero el objeto del control de concentraciones no es elegir entre posibles estrategias empresariales sino, vista la operación notificada, valorar su efecto sobre los mercados e intervenir sólo en el caso de que éste sea negativo en términos netos.

Por último, el sistema comunitario pone un gran énfasis en que las eficiencias sean trasladadas a los consumidores. Sólo así serán tenidas en cuenta. El apartado 79 de las directrices dice: «El punto de referencia pertinente para la evaluación de las eficiencias invocadas es que los consumidores no se vean perjudicados por la concentración». Sin duda es así. La operación puede incrementar el bienestar general en términos netos, pero si ello se traduce exclusivamente en mejora del excedente empresarial sin redundar en una mejora del bienestar de los consumidores el control de concentraciones no estaría cumpliendo su objetivo.

Pero hay que ser cautos a este respecto. El escenario anteriormente planteado, en el que pese a la mejora del bienestar general los consumidores se ven perjudicados es francamente extremo, muy estático y parcial. Incluso si la empresa se apropia de todo el excedente en un mercado, es probable que reinvierta en otras actividades o mejore su oferta de otros productos, lo que puede favorecer la eficiencia dinámica y, en última instancia, a los consumidores. Además, vivimos en un mundo de empresas multiproducto. Puede ocurrir también que la operación perjudique a un colectivo determinado pero que en conjunto sea beneficiosa. Lo ideal sería aislar el problema y considerar compromisos que lo solventen, pero, si no es posible, no sería lógico ignorar totalmente las eficiencias que produce la operación.



En definitiva, aunque sin duda hay que tomar en cuenta cómo y en qué medida los consumidores pueden ser partícipes de las eficiencias que la operación genera, un estándar de prueba que se focalice en exclusiva sobre el beneficio para el consumidor —esto es, un excesivo énfasis en el *consumer welfare standard*— puede ser contraproducente desde el punto de vista de la eficiencia<sup>18</sup>.

La Ley 15/2007 tiene en cuenta que las eficiencias sean trasladadas a los consumidores intermedios y finales, pero puede interpretarse que deja margen para una cierta flexibilidad en el análisis. No debemos perder de vista que cuanto menor sea la intensidad competitiva que se prevé tras la operación, menor será el incentivo de la nueva empresa a trasladar las ganancias de eficiencia a los consumidores, especialmente si la demanda es poco elástica, lo que aconsejará un mayor grado de exigencia para asegurar el *pass-on* por parte de las autoridades de competencia.

### C. COMPROMISOS

La Ley 16/1989 contemplaba la autorización de las operaciones subordinando su aprobación a la observancia de condiciones que aportaran al progreso económico y social una contribución suficiente para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia. A diferencia del sistema comunitario, dejaba para la autoridad el diseño de las condiciones, en vez de dejar que fueran las partes quienes presentaran soluciones a los problemas de competencia una vez conocidas las objeciones que el órgano de competencia plantea. El sistema era además muy opaco, de manera que las partes formalmente no conocían los problemas que la autoridad identificaba hasta tomada la decisión. Todos estos condicionantes no iban en beneficio de la eficacia de las decisiones.

La Ley 15/2007 ha introducido esta posibilidad, tanto en la primera fase como en la segunda fase. El art. 59 establece en su apartado 1 que «cuando de una concentración puedan derivarse obstáculos para el mantenimiento de la competencia efectiva, las partes notificantes, por propia iniciativa o a instancia de la Comisión Nacional de la Competencia, podrán proponer compromisos para resolverlos». De esta manera, las empresas conocen los supuestos problemas de competencia y son ellas, sin duda mejor posicionadas para ello, quienes deben ofrecer las soluciones para solventar los problemas de competencia. La Comisión Nacional de la Competencia puede contar con la valoración de terceros sobre tales compromisos, lo que también contribuye a reforzar el análisis y completar la valoración. La Ley deja abierta, no obstante, la posibilidad de que la Comisión Nacional de la

---

<sup>18</sup> Diversos autores han señalado este problema. Ver O. WILLIAMSON, «Economies as an Antitrust Defence: The Welfare Tradeoffs», *American Economic Review*, 1968. Más reciente, A. Jorge PADILLA, «Efficiencies in Horizontal Mergers: Williamson Revisited», *Issues in competition law and policy*, ed. Wayne Dale COLLINS, American Bar Association Press, 2005.



Competencia imponga condiciones caso de que considere que los compromisos presentados no son suficientes [art. 58.4.b)], lo cual puede reforzar en algunos casos su poder negociador. Esta posibilidad dota de mayor flexibilidad al sistema y, sobre todo, contribuye a mejorar la eficacia del análisis y de las decisiones que se adopten.

### 3. ANÁLISIS ECONÓMICO

Pese a que la Ley 15/2007 nos ofrece un criterio para valorar las operaciones de concentración (el de obstaculización de la competencia efectiva), lo cierto es que ello puede resultar insuficiente para orientar el análisis de los posibles efectos. Sin embargo, si bien es cierto que carecemos de comunicaciones aclaratorias propias, no estamos carentes de otras guías. En primer lugar, contamos con los principios del análisis económico que nos ilustran sobre cómo proceder en el análisis y qué debe preocuparnos. En segundo lugar, están las Comunicaciones de la Comisión Europea sobre la evaluación de las concentraciones<sup>19</sup> que, precisamente por estar inspiradas en esos principios de análisis económico, son susceptibles de seguimiento por los sistemas nacionales y se han convertido en una guía orientadora útil para muchos estados miembros. Por último, contamos con una abundante colección de precedentes que ilustran sobre cómo se debe estructurar y formular el análisis sustantivo.

No se trata aquí de presentar una guía exhaustiva sobre el análisis de los efectos de una operación. Pero sí se pretende dar una orientación sucinta sobre el método de análisis y las razones que pueden llevar a identificar una posible obstaculización de la competencia efectiva.

#### A. MÉTODO DE ANÁLISIS

Una operación de concentración puede cambiar, en mayor o menor medida, la situación de competencia en los mercados. Habitualmente modifica la estructura de oferta o demanda del mercado. Puede ocurrir también que induzca a modificaciones en los incentivos de las empresas y, por tanto, en sus estrategias. La operación será objetable en la medida en que en el nuevo escenario tras la operación se pueda ver deteriorada la eficiencia productiva, asignativa o dinámica (mayores costes, precios más altos, menor *output*, menor innovación...) y, en última instancia, el bienestar económico.

El análisis requiere por tanto comparar dos escenarios. El previo a la fusión y el que se dará una vez la misma se produzca. Así lo enfoca el párra-

---

<sup>19</sup> Además de la ya citada sobre concentraciones horizontales la Comisión ha aprobado recientemente las *Guidelines on the assessment of non-horizontal mergers under the Council Regulation on the control of concentrations between undertakings*.

fo 9 de las directrices sobre la evaluación de las concentraciones horizontales:

«Para evaluar los efectos de una concentración sobre la competencia, la Comisión comparará las condiciones competitivas que se derivarían de la concentración notificada con las condiciones que prevalecerían de no producirse la concentración. En la mayoría de los casos, las condiciones competitivas existentes en el momento de la concentración constituyen la referencia comparativa pertinente para evaluar los efectos de una concentración. Sin embargo, en determinadas circunstancias, la Comisión puede tener en cuenta los futuros cambios que resulten razonablemente predecibles en el mercado. A la hora de considerar cuál es la mejor comparación, puede tener en cuenta, en particular, las posibles entradas de empresas en el mercado, o las salidas, en el supuesto de que no se produjera la concentración».

Desde un punto de vista más teórico, se trataría en definitiva de comparar dos escenarios en principio iguales, salvo porque cambia un elemento<sup>20</sup>: la concentración. Desde un punto de vista práctico, estaremos comparando el escenario ante el cual nos encontramos y uno que prevemos, pero que todavía no se ha producido. No olvidemos que el control de la concentración suele ser previo a la ejecución de la operación.

Para dibujar ese escenario futurible se suele recurrir sobre todo a elementos estructurales de análisis y, en particular, al análisis de las cuotas de mercado en ese nuevo escenario. Este instrumento cuyo empleo está muy extendido, aunque valioso, es insuficiente. Suele ser necesario considerar también otros factores de gran importancia a la hora de examinar el contexto competitivo de un mercado, como la diferenciación del producto y la interacción competitiva entre las empresas. Habrá que tener en cuenta también, como apunta la propia Comunicación de la Comisión, aquellos acontecimientos predecibles que afecten al escenario, como pueden ser, por ejemplo, las salidas o entradas de otras empresas del mercado, cambios regulatorios, evolución de la demanda... También el análisis empírico puede ser un instrumento de gran ayuda a la hora de explorar este escenario posterior a la concentración y valorar los efectos de la misma.

## B. ¿CUÁNDO PUEDE SURGIR ESA OBSTACULIZACIÓN DE LA COMPETENCIA EFECTIVA?

La Ley 15/2007 prohíbe fundamentalmente dos tipos de conductas. En su art. 1, los acuerdos entre empresas que tienen por objeto o efecto obstaculizar la competencia, lo que desde un punto de vista económico equivale a la coordinación de comportamientos económicos o *efectos coordinados*. El art. 2 prohíbe el abuso de posición de dominio. Dicho con ánimo descriptivo y sin buscar una definición refinada, prohíbe el ejercicio de poder

<sup>20</sup> Es lo que se denomina un «*but for analysis*» en terminología anglosajona.



de mercado sin contestabilidad, que puede equipararse a un *efecto unilateral significativo*.

El control de concentraciones tiene un carácter eminentemente preventivo. Trata de impedir que bajo la nueva situación de mercado se obstaculice la competencia. Con ello se pretenden evitar las pérdidas de bienestar que ello conllevaría y que la probabilidad de que la práctica se identifique, se sancione y se corrija su efecto no necesariamente es de 1.

Pero ello como contrapartida exige que la intervención a través del control de concentraciones, mediante remedios o incluso la prohibición, se produzca cuando realmente haya un riesgo plausible para la competencia. De lo contrario, puede ocurrir que en términos relativos se sea más severo con las operaciones de concentración que tratan de prevenir la obstaculización de la competencia en el mercado que con las propias conductas empresariales que la restringen. De ser así, este control podría convertirse en un instrumento excesivamente intervencionista, en detrimento de la eficiencia de mercado.

Por tanto, se incide sobre aquellas operaciones que generan un cambio en la estructura del mercado o en los incentivos de las empresas tal que implican un riesgo plausible para la competencia por los efectos unilaterales o coordinados que generan.

Sin ánimo de ser exhaustivos, es posible caracterizar algunas de las operaciones que típicamente pueden ser objeto de preocupación por el riesgo de obstaculización de la competencia efectiva.

Primero, pueden dar lugar a efectos unilaterales aquellas operaciones que suponen la creación de una entidad que puede ejercer un poder de mercado significativo que deteriore el bienestar de los consumidores sin que ello se compense con las ganancias de eficiencia que la concentración en su caso conlleve. En estos casos la entidad resultante tendrá o estará en condiciones de adquirir una cuota de mercado elevada, la presencia de competidores efectivos o potenciales no contrarrestará su poder de mercado —lo que supone que existan elevadas barreras a la entrada— y el grado de elasticidad de la demanda facilitará el ejercicio de tal poder de mercado.

Segundo, pueden dar lugar a efectos unilaterales operaciones donde no necesariamente se elimina a un competidor de gran tamaño o la entidad que resulta es un líder destacado. Estos efectos pueden ocurrir también cuando se elimina a un competidor exitoso (*maverick*) que no es sustituible, porque dinamiza la rivalidad en un mercado en el que la competencia que ejercen el resto de competidores no es vigorosa.

En tercer lugar, también son objeto de especial atención aquellas operaciones que dan lugar a la creación de una estructura de mercado que facilite la colusión, esto es, que la haga no sólo posible, sino también plausible. Hablamos entonces de operaciones que pueden dar lugar a efectos coordinados, porque con ellas:



- Se refuerzan los incentivos al ejercicio conjunto del poder de mercado, porque la coordinación de comportamientos resulta una estrategia más rentable para las empresas.
- Resulta más fácil para las empresas instrumentar la coordinación y sostenerla. La cooperación será viable y sostenible en la medida en que su ejecución y vigilancia no sean costosas.
- Aumenta la posibilidad de imponer a terceros la estrategia cooperativa. Que la cooperación entre empresas sea o no viable y que tenga o no tenga efectos en el mercado depende no sólo de las partes implicadas en el acuerdo, sino también de la posibilidad de imponer condiciones a terceros, ya sean competidores no incluidos en el acuerdo, proveedores o clientes.

Como decíamos, esta somera casuística no pretende ser exhaustiva, pero desde el punto del análisis económico cubre los principales casos de operaciones de concentración que pueden dar lugar a una obstaculización de la competencia efectiva y ser objeto de una intervención más activa por parte de la autoridad.

#### 4. CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo hemos tenido ocasión de comprobar cómo la Ley 15/2007 sigue una línea continuista con respecto a la Ley 16/1989 en lo que al análisis sustantivo del control de concentraciones se refiere. Ante este hecho podemos usar la célebre expresión anglosajona *No news, good news!* Separarnos del test de obstaculización de la competencia efectiva no hubiera resultado razonable.

Pero sí eran deseables ciertas mejoras y algunas se han producido. En particular, resulta especialmente positivo el que la Ley otorgue en exclusiva a la Comisión Nacional de la Competencia la capacidad para valorar las operaciones de concentración desde el punto de vista de competencia y sólo desde ese punto de vista. La especialización en diferentes órganos de la defensa de los diversos objetivos que afectan al interés general sin duda contribuye a hacer dicha defensa más efectiva y a salvaguardar la independencia de la autoridad de competencia.

También resulta favorable el que se haya avanzado en la clarificación de los elementos del análisis y, en particular, en el análisis de eficiencias. Sin duda, podría argumentarse a este respecto que es necesario un mayor grado de concreción sobre dichos elementos y sobre la aplicación del test. Pero no es menos cierto que ello no debe ser materia de una Ley y que pueda haber otros instrumentos, a parte de los precedentes, para concretar los criterios de análisis.

En todo caso, para interpretar el test sustantivo que propone la Ley debe recurrirse al análisis económico. Al margen de los precedentes nacionales

y en tanto en cuanto no se tengan otros documentos, las comunicaciones de la Comisión Europea en materia de concentraciones suponen una importante referencia. Dichas comunicaciones están facilitando además que se produzca una convergencia en el análisis sustantivo a escala europea de manera espontánea, lo cual resulta muy positivo.

## LAS CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA EN LA LEY 13/2007 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Diego Palero

Abogado Colaborador de la Dirección de la Comisión  
Nacional de Defensa de la Competencia  
Herrera, 2, 28001 Madrid

La regulación de las conductas de menor importancia en la Ley 13/2007 de 17 de julio de defensa de la competencia y sus normas de desarrollo resulta peculiar. Tras el análisis de la Ley 13/2007, se viene dando a estas conductas un tratamiento como una excepción formal a la obligación absoluta de presentar antes de suscribir cualquier acuerdo que pueda tener consecuencias en el ámbito de defensa de la competencia. En la práctica, la misma genera un conflicto y cuando hay conflicto, aparece una cuestión de la naturaleza de la potestad discrecional de la Comisión de Interpretación de un texto normativo, sus conductas, entre una limitación a la aplicación de la prohibición de los acuerdos restrictivos basados en virtud del correspondiente régimen sancionatorio de artículo 19.

Con la publicación del Libro Blanco por la Real Academia del Sistema de Defensa de la Competencia y la anterior exposición de motivos a través de la cual se aprobó el artículo 19 de la Ley 13/2007, se establece un mecanismo de las conductas de menor importancia, en el que el debate sobre cuál es de ser el objeto o los efectos de la misma de tener... Las propuestas en la forma son diversas, en el que a consecuencia de la exposición de motivos, establece un margen de discrecionalidad para decidir en primer lugar, mediante un margen de discrecionalidad de la Comisión de defensa de la competencia, pero en el que se establece un margen de la Comisión por las diferentes conductas de menor importancia y efectos...

En primer lugar, se establece en la exposición de motivos, el primer párrafo, que... de forma que, en primer lugar, se establece un margen de discrecionalidad para decidir en primer lugar, mediante un margen de discrecionalidad de la Comisión de defensa de la competencia, pero en el que se establece un margen de la Comisión por las diferentes conductas de menor importancia y efectos...





## LAS CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA EN LA LEY 15/2007 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Cristina PELLISÉ

Vocal del Tribunal Catalán de Defensa de la Competencia  
Catedrática EU de Derecho internacional privado  
Universitat de Barcelona

La regulación de las conductas de menor importancia<sup>1</sup> en la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia y sus normas de desarrollo era insuficiente e insatisfactoria. En esta Ley, la figura de los acuerdos *de minimis* aparecía como una matización formal a la obligación absoluta de perseguir todos los acuerdos, incluso aquellos que por su escasa importancia, no afectasen de forma significativa a la competencia. En la práctica, la cláusula apenas tuvo aplicación y cuando fue utilizada, aparecía tanto como una manifestación de la potestad discrecional de la autoridad de competencia de no incoar o sancionar una conducta, como una limitación a la aplicación de la prohibición de los acuerdos restrictivos verticales en virtud del correspondiente reglamento comunitario de exención.

Con la publicación del Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia y el anuncio explícito de que con la nueva normativa española se pretende corregir las insuficiencias de la anterior Ley en cuanto a la indefinición del tratamiento de los acuerdos de menor importancia<sup>2</sup>, se abre el debate sobre cuál ha de ser el objeto y los efectos de la cláusula *de minimis*. Las propuestas que se barajan son diversas: exigir que la restricción de la competencia sea apreciable; consolidar un margen de discrecionalidad para decidir no perseguir una conducta prohibida; introducir criterios de definición del concepto de menor importancia; prever una aplicación diferenciada de la cláusula por las diferentes autoridades administrativas y judiciales, etc.

---

<sup>1</sup> «Conducta de menor importancia» es la terminología consolidada en la nueva legislación española de defensa de la competencia. Otra expresión equivalente que es habitual, en particular, en el Derecho comunitario de la competencia, es la de conducta *de minimis* (terminología aplicada en otras ramas del Derecho). En esta colaboración se utilizan indistintamente ambas expresiones.

Finalmente, el debate generado por el Libro Blanco ha conducido a unos cambios importantes de los planteamientos iniciales del Ministerio de Economía y Hacienda. El resultado final —plasmado en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia<sup>3</sup>— es novedoso no sólo respecto a la situación anterior en el Derecho español, sino también en relación con el Derecho comunitario y con el Derecho comparado.

En esta colaboración se aporta, en primer lugar, una descripción exhaustiva de la regulación de las conductas de menor importancia en el nuevo Derecho de la competencia español. A continuación, se abordan algunas cuestiones concretas que suscita la aplicación de la nueva regulación de la cláusula de las conductas de menor importancia en España, desde aspectos derivados de la coexistencia de normas y de la pluralidad de autoridades competentes hasta aspectos relativos al ámbito material de aplicación que se atribuye a la cláusula.

## 1. LAS CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA EN EL NUEVO DERECHO ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Como ya se ha mencionado, el tratamiento legal de las conductas de menor importancia era uno de los aspectos de la anterior normativa española de defensa de la competencia que necesitaba ser mejorado<sup>4</sup>. No se trataba tanto de que la regulación hubiese quedado obsoleta sino de que era insuficiente. Por ello, la intención de partida era acabar con la indefinición tanto del concepto de «menor importancia» como de los efectos de estas conductas<sup>5</sup>.

En cuanto a lo primero, la LDC 1989 no dejaba claro si la escasa importancia se refería a la conducta en sí misma o a las empresas que celebraban los acuerdos. Y en cuanto a lo segundo, no precisaba si la conducta era una práctica prohibida que se podía no perseguir, o si se trataba de acuerdos que presentaban insuficiencia de interés público para la actuación administrativa, o, finalmente, si se trataba de prácticas en las que no concurrían los requisitos para que hubiera infracción a la Ley<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia, p. 9. Este documento y el resto de textos y aportaciones relativos a la fase preparatoria de la nueva legislación española de defensa de la competencia pueden ser consultados en la dirección <http://www.cncompetencia.es/index.asp?m=64&p=63>.

<sup>3</sup> En adelante, respectivamente, LDC y RDC.

<sup>4</sup> En la Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia (en adelante, LDC 1989), la regulación de la cláusula *de minimis* se hallaba en los arts. 1.3 y 3.2.c), que fueron modificados mediante la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la LDC 1989.

<sup>5</sup> Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia, p. 49.

<sup>6</sup> La verdad es que cualquiera que fuera la opción adoptada, el resultado práctico era casi el mismo, pues en la primera opción, la exigencia de una decisión administrativa firme previa del art. 13.2



En enero del año 2005, el Libro Blanco propuso una regulación de las prácticas *de minimis* en tanto que mecanismo que garantizase que cada jurisdicción se ocupara principalmente de aquellos asuntos para los que estuviera mejor situada. Y, en el marco de este objeto, consideraba que la cláusula *de minimis* constituía un mecanismo para que la Administración se pudiese centrar en los asuntos que revistiesen un mayor interés público, quedando en manos de los jueces la tutela judicial efectiva de aquellas conductas que afectasen principalmente a los intereses privados de determinados operadores. En otras palabras, se estimaba que para permitir a la Comisión Nacional de la Competencia centrar su actuación en aquellos asuntos que generasen mayores problemas desde la perspectiva de la competencia, parecía preciso prever la no persecución de las conductas de menor importancia por parte de la autoridad estatal, sin que ello implicase la inexistencia de infracción y, por tanto, impidiese su persecución por las autoridades autonómicas, en su caso, o por los jueces<sup>7</sup>. Por tanto, en ese momento, se proponía un sistema de conductas de menor importancia que no afectaba a los requisitos del ilícito, a diferencia del Derecho comunitario. Pero, para la concreción del concepto, se propugnaba la introducción de elementos cuantitativos de cuota de mercado sobre la base de la Comunicación *de minimis* de la Comisión Europea<sup>8</sup>.

Un año más tarde, el Ministerio de Economía y Hacienda hizo público un texto de Anteproyecto de Ley que se caracteriza por:

- extender la cláusula de menor importancia a todos los tipos de conductas prohibidas;
- concebir la cláusula *de minimis* como un mecanismo al servicio de las autoridades administrativas (el art. 5 del Anteproyecto menciona expresamente a la CNC y a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas) que podrían no incoar o archivar los procedimientos que por su escasa importancia no fuesen susceptibles de afectar de forma significativa a la competencia;
- prever que las autoridades administrativas podrían dictar resoluciones que declarasen la existencia de conductas que, por su escasa importancia, no fuesen capaces de afectar de manera significativa a la competencia (art. 53);
- dejar expresamente a salvo la posibilidad de que las partes ejercitasen las acciones correspondientes ante la jurisdicción competente; y

---

de la LDC 1989 y la poca inclinación de la autoridad administrativa a aplicar este concepto, hacían casi totalmente imposible pretender el resarcimiento de daños y perjuicios de una conducta *de minimis*. Seguramente, esta situación es la que en cierto modo condujo al convencimiento mayoritario de que la cláusula *de minimis* estaba emparejada con la no concurrencia de los requisitos de infracción de la LDC 1989, a semejanza del Derecho comunitario.

<sup>7</sup> Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia, pp. 37, 38 y 54.

<sup>8</sup> Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del art. 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*) (DOCE C 368, de 22 de diciembre de 2001, p. 13).



- remitir a un posterior desarrollo reglamentario las características que otorgarían a una práctica la condición de conducta de menor importancia.

Por tanto, en el Anteproyecto de Ley, la cláusula de menor importancia se vinculaba al margen de discrecionalidad de las autoridades administrativas y no a la delimitación de las conductas prohibidas. La exigencia de afectación sustancial o sensible de la competencia quedaba fuera del texto, de tal forma que tanto los tribunales mercantiles como los arbitrales hubieran podido considerar ilícitas todas las conductas que respondiesen a los tres tipos descritos con independencia de su grado de afectación a la competencia.

Respecto a la LDC 1989, el cambio propuesto se limitaba a una mayor positivización de la cláusula de conductas de menor importancia y a la previsión de su concreción por vía reglamentaria. No había novedades ni de concepto ni de efectos, salvo la extensión de la aplicación de la cláusula a los tres tipos de conductas prohibidas.

Medio año más tarde, el Gobierno remitió el Proyecto de Ley a las Cortes Generales. El texto enviado modificó sensiblemente la propuesta del Anteproyecto<sup>9</sup>.

La regulación de la cláusula *de minimis* del Proyecto de Ley es la que finalmente se aprueba en la LDC. Esta regulación es analizada con detalle a continuación. Pero, con carácter previo, conviene observar que aunque entre el Anteproyecto y el Proyecto de Ley se modifica únicamente el art. 5, esta modificación altera notoriamente el alcance y la función de los otros artículos de la Ley que completan la regulación de la cláusula de menor importancia.

#### A. LA NUEVA REGULACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA

El régimen jurídico básico de las conductas de menor importancia se encuentra actualmente en la LDC y en el RDC. Sin embargo, hay que recordar que esta regulación de origen estatal se completa con la contenida en los diferentes reglamentos de exención por categoría comunitarios, incorporados a nuestro sistema interno de defensa de la competencia en virtud del art. 1.4 LDC<sup>10</sup>. En cuanto a esta regulación de origen comunitario, cabe recordar que contiene básicamente:

- unos criterios de delimitación del concepto *de minimis* basados en la cuota de mercado de las empresas participantes en los acuerdos fijados;

<sup>9</sup> Hay que decir que fueron numerosas las observaciones presentadas al Libro Blanco que desdían, total o parcialmente, de la solución anunciada.

<sup>10</sup> Además de haber sido incorporados al Derecho interno, estos Reglamentos y Comunicaciones deberán ser aplicados como Derecho comunitario en supuestos de aplicación del art. 81 Tratado CE.

- una relación de restricciones de la competencia por su objeto que abortan la aplicación de la cláusula *de minimis*;
- unas orientaciones para la evaluación de las restricciones de la competencia que deberán ser tenidas en cuenta para decidir si el acuerdo no afecta de manera significativa a la competencia, en aplicación del art. 3.1 RDC.

Entrando ya en la regulación de origen estatal, a continuación, se relacionan y describen someramente los preceptos de la LDC y del RDC relevantes a los efectos de configurar el régimen jurídico de la cláusula de menor importancia. En los comentarios posteriores se introducen las consideraciones que suscita esta normativa.

#### a) *La regulación en la Ley de defensa de la competencia*

El Preámbulo de la LDC de 2007 explica que «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 aquellas 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». Dicho esto, *en la LDC, la regulación de las conductas de menor importancia se configura a partir de las disposiciones siguientes:*

- *Art. 5:*
  - se prevé que en el supuesto de conductas de menor importancia no se aplicarán las prohibiciones de los arts. 1 a 3;
  - se definen las conductas de menor importancia como aquellas que no son capaces de afectar de manera significativa a la competencia;
  - Se establece que reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia y se fija ya que un criterio esencial será la cuota de mercado.
- *Art. 53.1.b):* Se prevé que las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrán declarar la existencia de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia<sup>11</sup>.
- *Disposición Final Segunda.* Contiene una habilitación normativa en virtud de la cual se autoriza al Gobierno para que dicte las disposiciones reglamentarias que desarrollen, entre otras cuestiones, el tratamiento de las conductas de menor importancia.

<sup>11</sup> Este precepto prevé otras dos posibles declaraciones: a) la existencia de conductas prohibidas por la Ley o por los arts. 81 y 82 del Tratado CE; y b) no resultar acreditada la existencia de prácticas prohibidas.



Además, como se constatará más adelante, es igualmente relevante el art. 49.3 LDC que permite a la Comisión Nacional de la Competencia no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de conductas prohibidas y archivar las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción a esta Ley.

b) *El desarrollo de la regulación en el Reglamento de defensa de la competencia*

En cumplimiento de lo dispuesto en la mencionada Disposición final segunda de la LDC, el RDC concreta las características de las conductas de menor importancia. El preámbulo del RDC así lo confirma al recordar que el Reglamento «[...] desarrolla lo dispuesto en el art. 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, relativo a las conductas de menor importancia, determinando los criterios para la delimitación de dichas conductas». A continuación, añade que «no obstante, teniendo en cuenta la práctica y la experiencia que se vaya adquiriendo al respecto, así como las comunicaciones de la Comisión Europea en esta materia, la Comisión Nacional de la Competencia podrá elaborar una comunicación para aclarar dichos criterios»<sup>12</sup>. *Las disposiciones del RDC que regulan la materia objeto de estudio son las siguientes:*

- *Art. 1:* Concreta la aplicación del criterio basado en la cuota de mercado para delimitar las conductas de menor importancia. Se distinguen las situaciones verticales (15 por 100 de cada partícipe) de las horizontales (10 por 100 conjunta). Se establecen reglas específicas para los casos inciertos (10 por 100 conjunta<sup>13</sup> en cada uno de los mercados afectados) y para los supuestos de red (5 por 100 conjunta o de cada partícipe)<sup>14</sup>.
- *Art. 2:* Se fija una relación de prácticas excluidas del concepto de «conducta de menor importancia»<sup>15</sup>. Concretamente, se excluye una relación taxativa de conductas bilaterales y restrictivas por su objeto, diferenciando entre las conductas entre competidores, las que son entre no competidores, y las que son entre competidores que a efectos del acuerdo operen a niveles distintos de la cadena de producción o distribución. Además, se establecen dos excepciones suplementarias novedosas, relativas a las conductas desarrolladas por empresas beneficiarias de derechos exclusivos y a las conductas

<sup>12</sup> Esta última frase no constaba en el proyecto de Reglamento.

<sup>13</sup> Aunque no se especifique que se refiere a la cuota conjunta, parece que es la solución lógica.

<sup>14</sup> Aunque tampoco lo especifique el texto, se entiende que se refiere a una cuota conjunta o de cada partícipe en función del carácter horizontal o vertical de la conducta.

Además, este precepto excluye la posibilidad de aplicar esta regla si menos del 30 por 100 del mercado de referencia está cubierto por redes paralelas de acuerdos. Esta precisión no constaba en el proyecto de Reglamento y fue añadida posteriormente, también en la línea de la comunicación comunitaria.

<sup>15</sup> Aunque esta posibilidad no está mencionada en la LDC, la fijación de exclusiones, referidas generalmente como *hard core restrictions*, es habitual en las regulaciones sobre *de minimis*.



desarrolladas por empresas presentes en mercados relevantes en los que más del 50 por 100 esté cubierto por redes paralelas de acuerdos verticales. Finalmente, se establece una definición autónoma de los conceptos de venta activa, venta pasiva y cláusula de no competencia, a los efectos de establecer las exclusiones al concepto de menor importancia.

- *Art. 3:* Bajo el título «otras conductas de menor importancia», este artículo que no constaba en el proyecto de Reglamento, contiene dos apartados de muy distinto signo. Por un lado, prevé que la Comisión Nacional de la Competencia podrá declarar no aplicables los arts. 1 a 3 de la LDC a las conductas que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia<sup>16</sup>. A continuación, se prevé que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá adoptar comunicaciones para desarrollar los criterios de delimitación de las conductas de menor importancia del art. 5 LDC.
- *Art. 25.5:* Dispone que, presentada una denuncia, cuando la Dirección de Investigación considere que no procede la iniciación de un procedimiento porque no hay indicios de infracción a la Ley (supuesto previsto en el art. 49.3 LDC 2008), propondrá al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia que adopte un acuerdo motivado de no iniciación del procedimiento. El acuerdo<sup>17</sup> del Consejo puede estar justificado, entre otros motivos, en base a la existencia de una práctica de menor importancia. Pero si el Consejo estima que pudiera haber indicios de infracción, instará a la Dirección de Investigación la incoación del correspondiente expediente (art. 27.1). El acuerdo ha de ser notificado al denunciante, que puede recurrirlo ante la jurisdicción contencioso-administrativa<sup>18</sup>.
- *Art. 34:* Se refiere a los supuestos en que ya se ha incoado el expediente y la Dirección de Investigación elabora una propuesta de resolución. El precepto contempla dos posibilidades: se considera que se ha producido una infracción o se considera que no ha quedado acreditada la existencia de prácticas prohibidas. No incluye ninguna indicación sobre la posibilidad de que la propuesta consista en declarar «la existencia de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia», tal y como prevé el art. 53.1.b) LDC, desarrollado mediante el precepto que se analiza a continuación.
- *Art. 38.2:* Una vez incoado el procedimiento, este artículo describe los tres posibles contenidos declarativos de las resoluciones que ponen fin al procedimiento (también puede finalizar mediante una terminación convencional). Este precepto desarrolla el art. 53.1 LDC.

<sup>16</sup> Con esta previsión se da cabida a la declaración caso por caso de conductas de menor importancia al margen del criterio de la cuota de mercado.

<sup>17</sup> En la práctica actual, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia ha optado por la adopción de resoluciones también en estos supuestos de no incoación de expediente.

<sup>18</sup> Disposición Adicional Séptima.Dos.f) y Tres LDC 2008.

Uno de los contenidos previstos es que se declare «la existencia de conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia».

Conocida así la regulación de las conductas de menor importancia, pasamos a continuación a desgranar las principales características de este mecanismo en el Derecho español de defensa de la competencia.

## B. EL CONCEPTO DE CLÁUSULA DE MENOR IMPORTANCIA

Desde una perspectiva general de la práctica jurídica, es interesante recordar que el mecanismo de la cláusula de menor importancia aglutina una variedad de técnicas que tienen en común el hecho de establecer una solución específica para supuestos definidos en atención a su «escasa importancia»<sup>19</sup>. A esta definición genérica responden los diferentes mecanismos utilizados esencialmente en las áreas del Derecho económico<sup>20</sup>. El elemento común de todos ellos está en la razón que justifica el establecimiento de una solución específica<sup>21</sup> y no en la solución establecida. La función de la cláusula *de minimis* es siempre la de establecer una solución diferente, que podrá consistir tanto en una exención, como en una excepción o en una simplificación de las obligaciones establecidas.

Sin ir más lejos, en la nueva legislación española de Defensa de la Competencia, la cláusula *de minimis* se concreta tanto en una exención legal a la aplicación de las prohibiciones (art. 1 RDC), como en una exención individual a la aplicación de estas mismas prohibiciones (art. 3.1 RDC) o como en una simplificación del procedimiento de notificación en el ámbito del control de concentraciones (art. 57 RDC)<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> No en vano, la otra terminología utilizada comúnmente es la locución latina *de minimis* que significa «insignificante».

<sup>20</sup> En particular, además del Derecho de la competencia (*antitrust*, control de concentraciones y control de ayudas públicas), en el Derecho tributario, en el Derecho arancelario y en el Derecho de la propiedad intelectual e industrial. En el Derecho comunitario esta cláusula también aparece en el ámbito de las libertades de circulación (por ejemplo, en la sentencia del asunto C-244/04) y en el de las normas de etiquetado de los productos (Reglamento CE núm. 1139/98).

<sup>21</sup> Deberá tratarse de una situación «insignificante», si bien la forma de medir la insignificancia variará.

<sup>22</sup> En la presente colaboración, esta tercera utilidad de la cláusula *de minimis* no es abordada. Sin embargo, tratándose de una novedad de la LDC, cabe aportar alguna información. El Libro Blanco menciona la idea de introducir la cláusula *de minimis* como criterio complementario para aplicar a determinadas operaciones un procedimiento de control simplificado. Esta función de la cláusula difiere de la de otros sistemas, como el alemán que es mencionado en el Libro Blanco, que excluyen del control algunas operaciones aunque superen los umbrales cuantitativos a partir de los cuales existe la obligación de notificar (Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia, pp. 62, 73 y 77).

La regulación de la cláusula *de minimis* en relación con el control de concentraciones se halla en el art. 56 LDC.1.b), el cual dispone que cuando la participación de las partes en los mercados, por su escasa importancia, no sea susceptible de afectar significativamente a la competencia, se podrá seguir un procedimiento abreviado. El art. 57 RDC desarrolla este precepto, fijando los umbrales cuantita-



El art. 1, apartados 1, 2 y 3 de la LDC, describen las conductas prohibidas, mientras que el art. 1, apartados 3 a 5, y los arts. 4 y 5 de esta misma Ley establecen las excepciones que conllevan la exclusión automática de una conducta del ámbito de las prohibiciones. Dicho de otro modo, la LDC establece tres supuestos de exenciones legales, esto es, tres supuestos en los que se afirma que la prohibición no se aplicará<sup>23</sup>:

- las conductas que generan beneficios suficientes del art. 1, apartados 3 a 5 (en base a los criterios generales del apartado 3 de este precepto, a los criterios de los reglamentos comunitarios por categoría incorporados al Derecho español o a los reglamentos por categoría adoptados por el legislador español). Es una exención que sólo se aplica a las conductas colusorias del art.1;
- la reserva de Ley del art. 4 que se aplica a todas las conductas prohibidas; y
- las conductas de menor importancia del art. 5, que también se aplica a todas las conductas prohibidas.

Los tres supuestos constituyen exenciones legales y totales, que excluyen de la prohibición a las conductas, sin necesidad de incoar expediente. Su diferente tratamiento sistemático se debe a que tienen un ámbito material de aplicación diferente.

Por tanto, la figura de las conductas de menor importancia en la nueva Ley española de defensa de la competencia constituye un supuesto de exención legal. De esta forma, la aplicación de las prohibiciones en la LDC exige una triple comprobación en el caso de las prácticas concertadas (conducta que genera beneficios, reserva de Ley y *de minimis*) y una doble verificación en los casos de abuso de posición dominante y de conductas desleales que falsean la competencia (reserva de ley y *de minimis*).

Pero esta caracterización se altera parcialmente con el RDC debido a la adición de una segunda función a la cláusula de menor importancia. En efecto, el Reglamento de desarrollo, a través de su art. 3, reintroduce la función tradicional de la cláusula de menor importancia en nuestro país. Concretamente, vuelve a regular la cláusula *de minimis* como margen de discrecionalidad/oportunidad de las autoridades de la competencia de no perseguir determinadas conductas que, «atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia». Recordemos que ésta era la única función que figuraba en los

---

tivos a partir de los cuales se considerará que existe una participación de menor importancia. Estos umbrales se basan en la cuota de mercado.

A lo mejor, también se podría haber establecido un sistema *de minimis* de exención, para supuestos en los que la operación de concentración no implicase una adición de cuota o implicase únicamente un reducido porcentaje de adición de cuota. En estos supuestos se hubiera podido eximir automáticamente a las empresas partícipes de la obligación de notificar.

<sup>23</sup> La LDC 1989 preveía tres excepciones a la prohibición general de los acuerdos restrictivos entre empresas: la reserva de Ley, la autorización singular y la exención por categoría. De éstas, sólo la primera constituía una exención legal.



documentos iniciales del proceso de reforma iniciado con el Libro Blanco. Se reconoce la facultad de, al margen del mecanismo automático del art. 1 RDC y salvadas las excepciones del art. 2 RDC, no sancionar una conducta que, tras haber sido objeto de un expediente, es considerada de menor importancia<sup>24</sup>. La necesidad de incoar se fundamenta en la remisión al art. 53.1.b) LDC. Cabe observar que, como volveremos a insistir, esta facultad es exclusiva de las autoridades administrativas, con exclusión de los tribunales.

En suma, en el nuevo Derecho de la competencia español la cláusula de menor importancia es susceptible de ser aplicada de dos maneras diferentes:

- Si la conducta no supera los umbrales establecidos en el art. 1 RDC y no cae en las excepciones del art. 2 de este Reglamento<sup>25</sup>, se aplica la excepción legal de forma automática. La conducta no está prohibida. Su licitud no queda supeditada ni al arbitrio de la autoridad administrativa ni al de los tribunales ordinarios. En este supuesto, no debiera ser incoado expediente y la denuncia presentada debería ser evacuada según dispone el art. 49.3 LDC<sup>26</sup>. Pero si incurre en alguna de las excepciones de este art. 2<sup>27</sup>, la conducta es restrictiva *per se* y será objeto del correspondiente expediente sancionador, salvo la concurrencia de una situación de reserva de Ley;
- Si la conducta no entra en los umbrales del art. 1 RDC y no cae en las excepciones del art. 2 RDC, la autoridad de defensa de la competencia puede ejercer su margen de discrecionalidad para decidir no sancionar. Ahora bien, deberá instruir el correspondiente expediente sancionador y motivar su decisión con el fin de poder afirmar que la conducta, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no es apta para afectar de manera significativa a la competencia.

En el apartado de los efectos, se concretarán más las consecuencias de esta dualidad funcional. Sin embargo, interesa observar que con esta regulación de las conductas de menor importancia, cabe entender que la afectación sensible a la competencia no constituye un elemento del tipo de las conductas prohibidas. En efecto, la autoridad administrativa no tiene la obligación de comprobar que la afectación a la competencia es sensible,

---

<sup>24</sup> En cierto modo cabría plantearse si no se ha producido en este punto un desarrollo reglamentario *ultra vires*, lo que sería legalmente reprobable. Sin embargo, también cabe defender que esta función subyace en la LDC y que lo que hace el RDC es organizar esta doble función de la cláusula *de minimis*.

<sup>25</sup> Debemos añadir: ni en ninguna de las cláusulas negras previstas en los Reglamentos por categoría.

<sup>26</sup> Aunque en caso de no apreciarse esta circunstancia *ab initio*, nada impide que el expediente incoado finalice con una resolución declarativa de conducta de menor importancia, en los términos del art. 53.1.b) RDC.

<sup>27</sup> Debemos otra vez añadir: o en cualquiera de las *hard core restrictions* de los reglamentos por categoría.

y los tribunales ordinarios no pueden inaplicar la prohibición en base a la ausencia de afectación sensible, salvo en los supuestos del art. 1 RDC<sup>28</sup>.

### C. LOS CRITERIOS PARA LA DELIMITACIÓN DE LAS CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA

En el anterior marco legal, la necesidad de fijar criterios para la aplicación de la cláusula *de minimis* era un clamor general. Al configurar la nueva LDC las conductas de menor importancia como exención legal, la fijación de criterios delimitadores pasa a ser indispensable. Los criterios son imprescindibles para favorecer la automaticidad y la autoevaluación que requiere una exención legal, pero no porque el mecanismo *de minimis* afecte al tipo de las conductas prohibidas (que como ya hemos afirmado, no hace). En la LDC, las conductas de menor importancia no alteran ni configuran los tres tipos de conductas prohibidas.

Para que una exención legal sea viable tienen que existir unos criterios delimitadores del ámbito de aplicación de la exclusión que puedan ser aplicados por los operadores para autoevaluarse<sup>29</sup>. La introducción de criterios que objetiven la aplicación de la cláusula es imprescindible para posibilitar una exclusión automática del ámbito de la prohibición, esto es, para el buen funcionamiento de esta exención legal<sup>30</sup>.

Para fijar criterios, las opciones que tenía el legislador eran muy diversas. Podía optar entre establecer unos criterios autónomos o efectuar una remisión a los criterios vigentes a nivel comunitario, siguiendo la técnica de los reglamentos de exención por categoría. También podía adoptar criterios, cuantitativos y/o cualitativos; generales y/o específicos por tipo de conducta, por sector afectado, para favorecer a las pymes, etc. Finalmente, los criterios cuantitativos podían basarse en la cuota de mercado y/o en el tamaño de las empresas. Las soluciones existentes en el Derecho comparado son variadas.

Finalmente, el legislador español ha optado por establecer criterios propios, aunque eso sí, muy inspirados en los comunitarios actuales. Esta

<sup>28</sup> Una opción diferente es la adoptada a nivel comunitario: en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, se exige que haya una afectación significativa o importante (sensible) a la competencia en el mercado. A nivel comunitario, debe tenerse el convencimiento de que hay una afectación sensible porque, en caso contrario, no hay una conducta prohibida.

<sup>29</sup> Nos remitimos a los debates mantenidos en el momento de adoptar el Reglamento comunitario 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

<sup>30</sup> Cuando la cláusula de las conductas de menor importancia actúa como manifestación del margen de discrecionalidad de la autoridad, estos criterios no son indispensables. Por ello, el art. 3.1 RDC únicamente impone el método del caso por caso, al exigir tener en cuenta el contexto jurídico y económico de la conducta. El art. 3.2 RDC que será comentado más adelante, debe interpretarse en el sentido de que la autoridad administrativa puede hacer públicas orientaciones sobre cómo piensa aplicar su margen de discrecionalidad.



opción facilita la aplicación paralela de los dos sistemas de defensa de la competencia, el comunitario y el nacional, vigentes en España, y la coherencia interna del propio sistema español debido a la incorporación a nuestro sistema de los Reglamentos comunitarios por categoría.

La delimitación de las conductas que son consideradas de menor importancia puede hacerse en términos positivos y/o negativos. En el Libro Blanco únicamente se puso sobre el tapete la necesidad de una delimitación positiva de este concepto y propuso para ello un criterio cuantitativo basado en la cuota de mercado. Durante el periodo de consulta no se hizo hincapié sobre esta cuestión.

El art. 1 RDC delimita, desde la vertiente positiva, las conductas de menor importancia atendiendo a la cuota de mercado. Este criterio de carácter relativo implica la necesidad de delimitar el mercado relevante, con las dificultades que puede suponer en algunos casos. Sin embargo, es posible que conocidas las ventas de una empresa en términos absolutos sea suficiente para poder deducir si se está por debajo de los umbrales.

Este precepto fija umbrales idénticos a los vigentes a nivel comunitario<sup>31</sup>. Aunque tener los mismos niveles facilita, en principio, la aplicación paralela de ambos sistemas de normas, a lo mejor se habría podido plantear la oportunidad de fijar niveles algo inferiores, atendiendo a la dimensión más pequeña del mercado español y al hecho de que estos criterios son los mismos para las Comunidades Autónomas.

El art. 1 RDC establece los umbrales de cuota de mercado a partir de la diferenciación habitual entre prácticas horizontales y verticales. El tenor literal de este precepto sigue muy fielmente los apartados 7 y 8 de la comunicación *de minimis* de la Comisión Europea. Sin embargo, más allá de esta gran similitud, es procedente poner de relieve algunas diferencias en la formulación de los umbrales:

- En los supuestos de efectos acumulativos, mientras que el tono de la Comunicación es muy orientativo, en el RDC es imperativo, seguramente en consonancia con la diferente función de los criterios en ambos sistemas: delimitadores de la excepción legal en España y orientativos en el Derecho comunitario.
- En el RDC desaparece el elemento evolutivo de la cuota de mercado que se establece en el apartado 9 de la Comunicación de la Comisión. Esta eliminación da un mayor automatismo al sistema español, pero también una mayor rigidez formal al concepto de conducta de menor importancia.

Más allá de estas diferencias, cabe realizar una observación general sobre el alcance material de este criterio de delimitación. Mientras que la comunicación comunitaria únicamente aplica estos criterios a los acuerdos entre empresas (art. 81 Tratado CE), en el sistema español la situación no es tan cla-

---

<sup>31</sup> La Comisión Europea subió los umbrales de cinco puntos en el año 2001.

ra. Por un lado, el art. 5 LDC establece expresamente que la exención de las conductas de menor importancia es de aplicación general a todas las conductas prohibidas. Además, el art. 1 RDC se titula «conductas de menor importancia atendiendo a la cuota de mercado» y su encabezamiento contiene una remisión expresa al mencionado art. 5 LDC. Pero, por el otro lado, en el texto de este art. se describen únicamente conductas entre empresas, esto es, bilaterales. Por tanto, el criterio de cuotas de mercado parece tener aplicación en relación esencialmente con las conductas colusorias, aunque también con las conductas bilaterales de competencia desleal que falseen la competencia.

En consecuencia, para las conductas unilaterales no parece haber ningún criterio cuantitativo de delimitación para determinar automáticamente cuándo son de menor importancia. En cierto modo, este hecho nos hace entrever que muy difícilmente tendrá aplicación la excepción legal basada en las conductas de menor importancia cuando se trate de una conducta unilateral. Esta constatación no impide que, en aplicación del art. 3.1 RDC, una autoridad de la competencia pueda declarar que un supuesto unilateral, por ejemplo, de abuso de posición de dominio, constituye una conducta de menor importancia.

El RDC también delimita el concepto de conducta de menor importancia en sentido negativo. Al igual que la comunicación de la Comisión Europea y que la mayor parte de regulaciones nacionales relativas a la cláusula *de minimis*, el art. 2 RDC establece una lista de excepciones que invalidan la aplicación de la exención de menor importancia a determinadas conductas consideradas especialmente lesivas para la competencia (*hard core restrictions*). Los tres primeros apartados del art. 2 RDC siguen muy fielmente a la comunicación *de minimis* de la Comisión Europea. En estos apartados se describen prácticas colusorias que son *per se* restrictivas y que están prohibidas, salvo que estén cubiertas por una reserva legal. A esta lista de conductas, hay que añadir las contenidas en los Reglamentos comunitarios por categoría.

El aspecto más novedoso de las excepciones a la cláusula de menor importancia se halla en el apartado 4 del art. 2 RDC. Este apartado contiene una excepción atendiendo a la posición de la empresa partícipe en el mercado («empresas titulares o beneficiarias de derechos exclusivos») y otra excepción atendiendo a las características del mercado («mercados relevantes en los que más del 50 por 100 esté cubierto por redes paralelas de acuerdos verticales cuyas consecuencias sean similares»). Estas excepciones pueden tener aplicación en relación con los tres tipos de prácticas prohibidas, esto es, también en los supuestos de prácticas unilaterales.

La participación en una conducta de una empresa titular de derechos exclusivos impedirá que una autoridad administrativa pueda decidir no sancionar una actuación unilateral abusiva o una práctica concertada, aunque sea de escasa entidad. Aunque no lo precise el tenor literal, debería considerarse que debe tratarse de derechos exclusivos en cualquiera de los mercados afectados, inclusive los mercados ascendentes en supuestos de mercados conexos. Esta excepción limita muy sensiblemente la aplicabilidad



potencial de la cláusula *de minimis* en supuestos de abuso de posición dominante. Ahora bien, no debe deducirse que toda conducta de una empresa con derechos exclusivos es *per se* abusiva.

La excepción relativa a los mercados cubiertos en más de un 50 por 100 por redes paralelas completa la previsión específica relativa a la restricción del ámbito de la exención legal cuando el mercado está cubierto en más del 30 por 100 por redes. Así la situación desde el punto de vista de la existencia de redes paralelas sería la siguiente:

- mercado cubierto por redes paralelas de acuerdos hasta el 30 por 100: posibilidad de aplicar la exención legal según los umbrales generales del art. 1 RDC;
- mercado cubierto por redes paralelas de acuerdos entre el 30 y el 50 por 100: posibilidad de aplicar la exención legal según los umbrales reducidos al 5 por 100 del art. 1 RDC; y
- mercado cubierto por redes paralelas de acuerdos en más del 50 por 100: imposibilidad de aplicar la exención legal.

Las PYMES deben ser especialmente cuidadosas a la hora de valorar sus actuaciones y tener en cuenta este régimen más estricto para las conductas realizadas en mercados cubiertos por redes paralelas.

Es importante destacar que la delimitación negativa de las conductas de menor importancia no sólo constituye una excepción a la exención legal de menor importancia, sino que establece también un límite a la facultad discrecional de las autoridades de la competencia en la aplicación del art. 3.1 RDC. Así, por ejemplo, una autoridad de competencia no puede declarar que una conducta realizada por una empresa titular de derechos exclusivos no tiene efectos sensibles sobre la competencia. Tampoco podrá declarar de menor importancia una conducta bilateral que supera los umbrales si en ella participa una empresa con derechos exclusivos.

Como apunte final en relación a los criterios, vale la pena señalar una cuestión que será posteriormente completada desde otras vertientes. Se trata de la posibilidad o no, de incorporar nuevos criterios de delimitación de las conductas de menor importancia. Al respecto, nos inclinamos por considerar que, en tanto en cuanto se trata de una exención legal, sólo puede modificarse los criterios mediante una norma del mismo rango o adoptada por el Gobierno en virtud de una habilitación legal suficiente. Cualquier criterio establecido por una autoridad de la competencia en base al art. 3.2 RDC constituirá una comunicación interpretativa de cómo tiene la intención de ejercer su margen de discrecionalidad en cuanto a la resolución de expedientes y, por ello, sólo la vinculará a ella.

#### D. *Los efectos de la cláusula de menor importancia*

El Libro Blanco proponía que la cláusula *de minimis* sirviera para delimitar el sistema de reparto de funciones entre la administración y la ju-

risdicción ordinaria: la cláusula de menor importancia debía jugar como mecanismo para que la administración se pudiese centrar en los asuntos que revistiesen un mayor interés público, quedando en manos de los jueces la tutela judicial efectiva de aquellas conductas que afectasen principalmente a los intereses privados de determinados operadores<sup>32</sup>. Esta concepción no hubiese significado ninguna modificación sobre los efectos de esta cláusula respecto del marco legal de 1989.

Sin embargo, la nueva LDC establece una cláusula de menor importancia de diferente naturaleza, de tal forma que los efectos de la misma son también diferentes. Conforme a lo expuesto en relación con el concepto, en la LDC, la cláusula de menor importancia no afecta a los tipos de conductas prohibidas, sino que constituye ante todo una exención legal a la prohibición de las conductas tipificadas. De la misma manera que en los supuestos de conductas cubiertas por las otras exenciones legales, las conductas calificadas de menor importancia no pueden ser objeto de sanción ni por las autoridades administrativas ni por las judiciales.

En tanto que exención legal, las conductas de menor importancia no deberían ser objeto de una instrucción por parte de las autoridades administrativas. Por ello, el art. 49 LDC dispone que sólo se incoa expediente si se observan indicios racionales de conductas prohibidas y no se incoa si no hay indicios de infracción a la Ley (cabe observar que no se refiere a una vulneración sensible de la competencia). Para que se deba incoar expediente tiene que haber apariencia de tipo y no ser aparentemente aplicable alguna exención legal. Ello es reforzado por el art. 1 RDC que dispone que se entenderán de menor importancia, «sin que sea necesaria una previa declaración a tal efecto», las conductas que estén por debajo de los umbrales de cuota de mercado en él fijados. Las conductas consideradas de menor importancia quedan automáticamente fuera de la prohibición de los arts. 1 a 3 LDC, salvo que constituyan alguna de las excepciones al concepto de menor importancia establecidas en el art. 2 RDC.

Así, si la Dirección de Investigación recibe una denuncia en forma y considera que no hay indicios de infracción a la Ley (art. 49.3 LDC), propondrá al Consejo la no iniciación del procedimiento y el archivo de las actuaciones (art. 25.5 RDC). Vistas la denuncia y las actuaciones previas practicadas, el Consejo puede adoptar una resolución de archivo<sup>33</sup>. Esta situación puede producirse si la autoridad de competencia aprecia que la conducta denunciada responde a alguno de los supuestos del art. 1 RDC, de tal forma que se aplica el art. 5 LDC en tanto que exención legal. En la resolución de archivo, la autoridad únicamente tiene que disponer de información suficiente para comprobar que no se alcanzan los umbrales de cuota de mercado.

Por el contrario, si la Dirección de Investigación considera que la conducta denunciada no constituye un supuesto de conducta de menor impor-

<sup>32</sup> Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia, p. 38.

<sup>33</sup> Aunque en el art. 25.5 LDC se utiliza el término «acuerdo», la realidad es que el Consejo ha dictado por ahora resoluciones de archivo.



tancia o se trata de una excepción del art. 2, deberá incoar el correspondiente expediente y elaborar una propuesta de resolución (art. 34 RDC). Si es el Consejo el que, en contra del parecer de la instrucción, considera que hay indicios de infracción, deberá instar a la Dirección de Investigación la incoación del correspondiente expediente.

Pero, aunque ya haya incoado expediente, la Dirección de Investigación puede todavía proponer que la resolución declare que los hechos investigados constituyen una conducta de menor importancia<sup>34</sup>. Esta situación se puede producir cuando la administración ejerce la facultad del art. 3.1 RDC o cuando, excepcionalmente, no haya apreciado *ab initio* que no se alcanzan los umbrales de cuota de mercado del art. 1 RDC. En efecto, el art. 38 RDC prevé la posibilidad de que la resolución contenga la siguiente declaración: «la existencia de conducta que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia». La redacción de este precepto parece más dirigida a los supuestos del art. 3.1 RDC (exención individual) pero, entendemos que también es aplicable en caso de apreciación tardía de la concurrencia de un supuesto del art. 1 RDC (exención legal).

La estrecha vinculación entre la facultad de declaración de conducta de menor importancia del art. 3.1 RDC y la obligación de incoar expediente se percibe en la remisión que contiene este precepto al art. 53.1.b) LDC. Esta remisión excluye la posibilidad de que la autoridad de competencia pueda decidir, sin la incoación del correspondiente expediente (esto es, por la vía del art. 49.3 LDC), no aplicar las prohibiciones de los arts. 1 a 3 LDC porque la conducta, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no es apta para afectar de manera significativa a la competencia. Ciertamente es que esta exigencia reduce la eficacia del art. 3.1 RDC como mecanismo para permitir a la autoridad de competencia concentrar sus recursos en los asuntos de mayor relevancia en ese momento. Pero también hay que considerar que esta exigencia es una garantía de procedimiento contradictorio que permitirá a la autoridad administrativa obtener información suficiente y contrastada sobre el contexto jurídico y económico de la conducta investigada.

Más allá de la coincidencia en el contenido de la parte declarativa de la resolución *de minimis*, los argumentos que deban fundamentar la decisión son diferentes según se trate de la constatación de un supuesto de exención legal o de una exención individual.

Si se trata de una aplicación «tardía» del art. 1 RDC es suficiente con exponer que la conducta no alcanza los umbrales. Lo importante es que si queda acreditado que la conducta está por debajo de los umbrales, la autoridad de la competencia está obligada a declarar la inaplicabilidad de las prohibiciones.

<sup>34</sup> En el Derecho comunitario también es posible que un acuerdo que exceda de los umbrales de la regla *de minimis* sólo afecte en una medida insignificante a la competencia o que no se estime prioritario, existiendo otros casos que presenten un mayor interés público (sentencia TPI de 8 de junio de 1995, asunto T-7/93, *Langnese Iglo GmbH c. Comisión*).

Pero, en la aplicación del art. 3.1 RDC, la resolución habrá de argumentar qué circunstancias del contexto jurídico y económico acarrearán que se considere que la conducta no afecta de manera significativa a la competencia, ya que se trata de una facultad discrecional reglada. En el procedimiento contradictorio, la parte imputada puede proponer dicha declaración, debiendo aportar tanta información como considere oportuno. En la resolución, la autoridad debe explicitar que se trata de una conducta que podría encuadrarse entre las prohibidas, pero que atendiendo a las circunstancias concretas del caso ha decidido no perseguirla por su escasa importancia. La argumentación deberá adoptar un rasgo economicista. Una vez explicitadas estas circunstancias, la decisión de no aplicar los arts. 1 a 3 LDC constituye una prerrogativa de la autoridad de competencia reconocida en el art. 3.1 RDC, aunque la existencia de motivación será revisable por los tribunales.

Tanto si se ha incoado expediente como si no, la resolución, de archivo o *de minimis*, tiene como efecto constatar la no aplicabilidad de la prohibición a la conducta, al menos en tanto en cuanto las circunstancias en que se basa la resolución no cambien. Efectivamente, la resolución no debiera imposibilitar la incoación de un expediente futuro en relación con la misma conducta si las circunstancias han cambiado sustancialmente. Desde este punto de vista, los efectos son los mismos.

La inaplicabilidad de las prohibiciones tiene como consecuencia que una vez dictada la resolución de archivo o *de minimis*, se excluye la antijuricidad de la conducta y, por ende, la posibilidad de acudir a los juzgados mercantiles para obtener ni declaraciones de nulidad ni indemnizaciones por daños, en base a una infracción a la LDC. Si la conducta no está prohibida, es lícita y, por tanto, no puede tener consecuencias negativas por infracción a la LDC. Esta constatación no excluye que puedan reclamarse otras pretensiones con otros fundamentos, como el abuso de derecho o el enriquecimiento injusto.

La equivalencia de efectos de las resoluciones de archivo y *de minimis* no debe desdibujar una situación radicalmente diferente entre los supuestos del art. 1 RDC y los del art. 3.1 RDC.

En los supuestos del art. 1 RDC, el mecanismo actúa como *safe harbour* para las empresas. Por lo tanto, haya o no haya decisión administrativa previa, los órganos jurisdiccionales deberán declarar la inaplicabilidad de las prohibiciones y extraer las consecuencias pertinentes.

La potestad de la autoridad de competencia reconocida en el art. 3 RDC no actúa exactamente del mismo modo, pues las empresas no están fuera del alcance de la prohibición hasta la adopción de una resolución *de minimis* que declare que se trata de una conducta de menor importancia.

Esta diferencia pone en evidencia que la cláusula de menor importancia no altera el bien protegido que, como reza el preámbulo de la LDC, es «la existencia de una competencia efectiva entre las empresas». La justificación



de esta cláusula es obviar la aplicación de las prohibiciones a las conductas que no son susceptibles de afectar de forma significativa a la competencia efectiva. Para ello la LDC establece una exención total de la prohibición que, en unos supuestos actúa de forma automática *ex lege* y, en otros, en virtud de una resolución declarativa.

De aquí que se deduzca que la vocación de la LDC es que las prohibiciones se apliquen sobre todo cuando existe una afectación significativa de la competencia, pues entiende que actuando ante estas afectaciones ya se consigue una competencia efectiva. Pero esta constatación dista mucho de considerar que la afectación sensible sea un requisito para la aplicación de las prohibiciones. No es un requisito, pues difícilmente casaría esta idea con el carácter potestativo para la Administración y excluyente para los órganos jurisdiccionales del art. 3.1 RDC.

Finalmente, es interesante apuntar que «afectación sensible de la competencia» y «afectación al interés público» no son conceptos equivalentes en la LDC. La afectación del interés público es un requisito indispensable, pues sin él no se plantea la posibilidad de aplicar la LDC. Una vez concurre éste, se apreciará si se aplican las prohibiciones o si concurre alguna de las exenciones legales (en particular, la de conducta de menor importancia). La cláusula *de minimis* no puede ser vinculada a la concurrencia de un interés público. Otra cuestión es que la LDC obligue en unos casos y permita en otros eludir la aplicación de las prohibiciones cuando no se produzca una alteración sensible de la competencia.

La finalidad de favorecer la aplicación de las prohibiciones a las conductas que afectan de manera sensible a la competencia no es únicamente permitir a las autoridades concentrar sus recursos en la persecución de las conductas más graves, sino también evitar comportamientos oportunistas de los operadores y limitar la inseguridad jurídica que conlleva la amenaza de que virtualmente cualquier conducta en el mercado pudiera quedar incurso en las prohibiciones.

#### E. LAS AUTORIDADES COMPETENTES PARA APLICAR LA CLÁUSULA DE MENOR IMPORTANCIA

La doble vía de actuación de la cláusula de menor importancia en la nueva LDC tiene una plasmación expresa en la designación de las autoridades competentes para aplicar esta cláusula.

Cuando la cláusula actúa como una exención legal (art. 1 RDC), están obligadas a aplicarla, sin necesidad de invocación por la parte investigada, todas las autoridades de la competencia (estatal y autonómicas) y todos los órganos jurisdiccionales y arbitrales. Es deseable que la interpretación de esta exención legal sea lo más uniforme posible. El automatismo de los criterios adoptados lo facilitará.

Cuando la calificación como conducta de menor importancia requiere una declaración expresa caso a caso (art. 3.1 RDC), el espectro de autoridades que pueden aplicar la cláusula es más restringido. Este precepto, en su sentido literal, únicamente habilita al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para realizar estas declaraciones. Sin embargo, entendemos que las autoridades de competencia de las Comunidades Autónomas también tienen esta facultad. Por el contrario, queda excluido que pueda aplicar el art. 3.1 RDC un órgano jurisdiccional o arbitral<sup>35</sup>.

Por otro lado, el art. 3.2 RDC se refiere a la adopción de comunicaciones para desarrollar los criterios de delimitación de las conductas de menor importancia del art. 5 LDC. Esta previsión conduce a plantear la cuestión de qué autoridades pueden adoptar tales comunicaciones, esto es, desarrollar los criterios de delimitación de las conductas. Este precepto suscita diferentes consideraciones.

La primera observación es que la actuación descrita en el art. 3.2 RDC contiene una referencia expresa al art. 5 LDC, sin aclarar si se refiere al escenario de la cláusula *de minimis* como exención legal (art. 1 RDC) o al de la decisión caso por caso de no aplicar las prohibiciones de los arts. 1 a 3 LDC (art. 3.1 RDC). En efecto, este precepto prevé, sin más precisión, la posibilidad de adoptar nuevos criterios de delimitación de las conductas de menor importancia. La duda reside en si se trata de fijar nuevos elementos para aplicar de forma automática la cláusula y/o si se trata de criterios para la aplicación caso por caso.

La posibilidad de que la Comisión Nacional de la Competencia pueda ampliar los supuestos del art. 1 RDC no es sostenible:

- Una ampliación de la exención legal significaría que estos nuevos criterios serían de aplicación general y obligatoria, cuando para la regulación del tratamiento de las conductas de menor importancia, hay que estar a lo dispuesto en la Disposición Final Segunda de la LDC<sup>36</sup>.
- Si por desarrollar los criterios de delimitación se entiende clarificar aquellos aspectos del art. 1 RDC que puedan aparecer oscuros en la práctica, la Comisión Nacional de la Competencia no podría pretender imponer estas pautas interpretativas a ninguna otra autoridad de competencia y, todavía menos, a los órganos jurisdiccionales.
- Los arts. 24 a 26 LDC que se refieren a las funciones de la Comisión Nacional de la Competencia, no contemplan en ningún momento que tenga funciones normativas o reglamentarias. De hecho, en el art. 25 se establece que la Comisión Nacional de la Competencia será consultada en relación a las normas reglamentarias que

---

<sup>35</sup> El art. 3.1 LDC 2008 funciona como una exención individual cuya aplicación es una competencia exclusiva de la autoridad administrativa. Este mecanismo no es ciertamente ajeno a nuestra tradición.

<sup>36</sup> A diferencia de lo que sucede en relación con el control de concentraciones donde se prevé que se tengan que actualizar y valorar periódicamente los umbrales que se establezcan.



desarrollen la Ley, con lo que la potestad reglamentaria es del Gobierno.

Por ello, el sentido de este precepto habría que buscarlo en una función similar a la que tiene la Comunicación *de minimis* de la Comisión Europea. Las comunicaciones previstas en el art. 3.2 RDC consistirían en una manifestación de la intención de no considerar aplicables las prohibiciones de los arts. 1 a 3 LDC a las conductas que respondan a determinados criterios relativos al entorno jurídico y económico, tales como tratarse de conductas realizadas por PYMES o de conductas en determinados sectores económicos.

Con este precepto, el legislador estaría facilitando a la autoridad de competencia la posibilidad de dar una mayor previsibilidad a la potestad de exención individual del art. 3.1 RDC. Se trataría, por tanto, de dar visibilidad externa a una competencia normativa con validez y eficacia *ad intra*. Esta tesis que suscribimos, exige, sin embargo, de algunas puntualizaciones:

- El establecimiento de criterios generales topa con la exigencia del art. 3.1 RDC de análisis caso por caso de la conducta, por lo que a pesar de existir criterios generales será necesaria la incoación de un expediente que concluya en una resolución *de minimis*.
- Estos criterios generales únicamente podrán vincular a la autoridad que los adopte (ya sea la Comisión Nacional de la Competencia o cualquier autoridad autonómica), sin que el hecho de haber consultado al Consejo de Defensa de la Competencia permita extender su eficacia a las demás autoridades de la competencia, salvo que ellas también los hayan individualmente adoptado<sup>37</sup>.
- Queda sin resolver si una comunicación de este tipo tendría por efecto imposibilitar a las partes perjudicadas acudir a la vía ordinaria para solicitar la declaración de nulidad del contrato y/u obtener la indemnización por daños y perjuicios. Parece que la respuesta más lógica es de signo negativo (esto es, no imposibilita), pues estas comunicaciones no pueden alterar por sí solas los límites de la ilicitud de una conducta.

## 2. LA APLICACIÓN EN ESPAÑA DE LA CLÁUSULA DE MENOR IMPORTANCIA

En este apartado pretendemos abordar algunas cuestiones concretas que suscita la aplicación de la cláusula de menor importancia en relación con las conductas prohibidas en España.

<sup>37</sup> Hay que tener en cuenta que la Disposición Adicional Tercera LDC, prevé que las comunicaciones aclararán los principios que guían la actuación de la propia CNC. En relación con el procedimiento de adopción de las comunicaciones, el art. 79 RDC dispone que cuando afecten a la aplicación de los arts. 1 a 3 RDC, se consulte al Consejo de la Competencia.

## A. LA APLICACIÓN DE LA CLÁUSULA DE MENOR IMPORTANCIA A LOS DIFERENTES TIPOS DE CONDUCTAS PROHIBIDAS

Se ha señalado ya que uno de los rasgos innovadores más representativo de la nueva cláusula de menor importancia en el Derecho *antitrust* español es su aplicación a todos los tipos de conductas prohibidas. Generalmente, si vincula la regla *de minimis* a las prácticas concertadas. La LDC la aplica también al abuso de posición dominante y a las conductas de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal. La voluntad de aplicar la cláusula por igual a los tres tipos de conductas prohibidas se expresa sin reservas en el art. 5 de la LDC. Sin embargo, el desarrollo reglamentario de este precepto deja entrever las dificultades de tratar los tres tipos de conductas del mismo modo. Esta circunstancia se explica parcialmente por la falta de precedentes comparados.

### a) *La aplicación de la cláusula de menor importancia a las conductas colusorias*

En este apartado se intenta aportar una breve reflexión sobre las implicaciones de la nueva regulación de las conductas de menor importancia en la interrelación de esta cláusula con conceptos tales como la restricción por objeto o por efecto y la exigencia o no de afectación sensible de la competencia.

El tenor literal del art. 1 LDC establece claramente que se prohíben las restricciones por objeto y por efecto de la competencia, sin hacer ninguna referencia al grado de afectación de la competencia. En esta nueva Ley, el art. 1 LDC debe interpretarse como un bloque, aunque el análisis al que obliga se estructura en dos fases: primero hay que valorar si el acuerdo está prohibido a tenor del párrafo primero; y en caso de respuesta positiva, habrá que valorar si puede evadirse de la prohibición en base a la excepción legal de los apartados 3 a 5.

Únicamente si se llega a la conclusión de que el acuerdo es contrario al art. 1 LDC, en su globalidad, podrá plantearse si puede no estar prohibido en base a la cláusula de menor importancia<sup>38</sup>. Es evidente que si el acuerdo contiene alguna de las cláusulas negras establecidas en los reglamentos por categoría que excluyen la exención, no cabrá plantearse la no prohibición en base a la menor importancia. Lo mismo ocurre si el acuerdo persigue alguno de los objetos relacionados en el art. 2 RDC.

---

<sup>38</sup> En el Derecho comunitario, si el acuerdo es contrario al art. 81 Tratado CE, en su globalidad, sólo cabrá considerar que está prohibido, pues la exigencia de la restricción sensible es un elemento de la prohibición inicial (del párrafo primero). Si el acuerdo no tiene efectos sensibles, no cabe plantearse si a pesar de su carácter restrictivo, puede resultar legítimo. A falta de estos efectos sensibles, se aplica el Derecho nacional sin que entre en juego lo establecido en el art. 3.2 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE.



Suponiendo que el acuerdo es contrario al art. 1 LDC y no contiene ningún elemento que excluya la aplicación de la cláusula de menor importancia, la cuestión que se plantea es si pueden ser consideradas conductas *de minimis*, tanto los acuerdos restrictivos por su objeto como los que son restrictivos por sus efectos.

Según una interpretación literal del art. 5 LDC, al igual que sucede con el art. 1 LDC, la cláusula de menor importancia se aplica a todos los acuerdos entre empresas, tanto si tienen por objeto como por efecto restringir la competencia. Así, todos los acuerdos que no superen los umbrales se considerarán automáticamente no prohibidos, salvo que incurran en alguna de las excepciones a la cláusula. El hecho de que las excepciones recojan únicamente acuerdos restrictivos por su objeto, no agota todos los supuestos de objetos restrictivos. De hecho, la relación de conductas que no pueden beneficiarse de la cláusula de menor importancia está conformada por acuerdos restrictivos por su objeto que, además, son considerados prácticas con restricciones sustanciales de la competencia (*hard core restrictions*).

Por otro lado, en virtud del art. 3.1 RDC, la autoridad de competencia podrá declarar no aplicable la prohibición del art. 1 LDC a acuerdos restrictivos tanto por su objeto como por su efecto, cuando así lo considere, atendiendo al contexto jurídico y económico de los mismos. La diferencia estará en que si el acuerdo es restrictivo por su objeto, el análisis de sus efectos no es necesario para aplicar el art. 1 LDC pero lo será para aplicar la cláusula *de minimis*; mientras que este análisis es necesario desde el inicio para los acuerdos restrictivos por sus efectos<sup>39</sup>. Ahora bien, la carga de la prueba se invierte: corresponde a la autoridad demostrar los efectos anticompetitivos (se entiende significativos) de los acuerdos restrictivos por sus efectos; mientras que son las partes interesadas las que deben aportar la prueba de que un acuerdo restrictivo por su objeto no afecta de manera significativa a la competencia.

En relación con esta última reflexión, quizás podría plantearse en el futuro la posibilidad de establecer alguna regla *de minimis* a favor de las PYMES para que no tuvieran que afrontar las dificultades de esta carga de la prueba<sup>40</sup>. En este sentido, la comunicación comunitaria establece un cierto régimen preferencial para las PYMES basado en la constatación de que raramente se encontrarán sometidas al art. 81 TCE<sup>41</sup>. Si lo fueran, la

<sup>39</sup> En el art. 1.1 LDC, el objeto y el efecto restrictivo de la conducta de la competencia son dos elementos alternativos de la delimitación de la prohibición. Así, si se determina que un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia, es irrelevante si efectivamente consigue dicho propósito para aplicar la prohibición.

Cabe advertir que la determinación de cuándo un acuerdo tiene por objeto restringir el juego de la competencia es, a veces, harto difícil. El objeto restrictivo de la competencia no es siempre manifiesto. Una posibilidad es atender al contenido del acuerdo, teniendo en cuenta su contexto jurídico y económico, aunque también se puede tener en cuenta la intención de las partes.

<sup>40</sup> En algunos sistemas, tales como el de Suiza, existen normas específicas para las PYMES al margen de las reglas relativas a la cláusula de menor importancia.

<sup>41</sup> Esta afirmación la justifica, sin embargo, en la percepción de que las conductas perpetradas por PYMES raramente afectarían al comercio entre Estados miembros y, por lo tanto, no serán de com-

Comisión manifiesta que «no iniciará procedimiento alguno, ni previa petición ni por iniciativa propia».

En el sistema español es diferente. Hoy por hoy, las PYMES, como los demás operadores, deben autoevaluar su conducta para decidir si se benefician de la exepción del acuerdo de menor importancia. Si erran en su apreciación deberán asumir las consecuencias.

b) *La aplicación de la cláusula de menor importancia a los abusos de posición dominante*

La relevancia práctica de la extensión de las conductas de menor importancia a los abusos de posición dominante presenta diversas incógnitas.

En primer lugar, la delimitación de la conducta abusiva de menor importancia plantea dificultades en cuanto a la aplicación de criterios cuantitativos como el de cuota de mercado. Es evidente que si para que exista ilícito se requiere tener una posición de dominio, difícilmente se podrá no superar los umbrales fijados. Pero esta reflexión es poco operativa en el marco de la LDC, pues el criterio cuantitativo establecido en el art. 1 RDC únicamente se aplica a las conductas bilaterales.

Por lo tanto, la aplicación de la cláusula de menor importancia a los abusos de posición dominante únicamente puede encauzarse por el art. 3.1 RDC. Por tanto, la aplicación de la cláusula de menor importancia a las conductas de abuso de posición dominante dependerá de la voluntad de las autoridades de la competencia.

El segundo orden de interrogantes, se refiere a cómo las autoridades de la competencia podrán aplicar este precepto a la prohibición del art. 2 LDC.

La única indicación clara del nuevo marco legal es que no podrá ser declarada *de minimis* una conducta desarrollada por una empresa titular o beneficiaria de derechos exclusivos. El art. 2.4 RDC no concreta, sin embargo, si debe tratarse de derechos exclusivos en el mercado en el que se produce el abuso o puede también serlo, por ejemplo, en el mercado ascendente en supuestos de mercados conexos.

Más allá de este límite negativo, la potencialidad del concepto de conducta abusiva de menor importancia es difusa, aunque previsiblemente escasa. Por un lado, habría que buscar criterios cualitativos que permitiesen determinar cuándo la conducta abusiva no afecta de manera significativa la competencia. Estos criterios parece que sería más oportuno que se refieran al abuso y no al mercado relevante, pues todo mercado es desde esta ópti-

---

petencia comunitaria. Ello conduce a la conclusión de que en todo caso, las normas específicas relativas a las PYMES deberían existir a nivel nacional.



ca importante, con independencia de su dimensión geográfica (piénsese, por ejemplo, en una conducta abusiva en un puerto).

Es el abuso el que puede tener efectos restrictivos más o menos significativos de la competencia, pues la posición de dominio no es en sí misma reprobable. Para analizar la importancia de estos efectos, deberá analizarse globalmente la conducta de la empresa dominante: ver si se trata de una actuación aislada o de un comportamiento que forma parte de una estrategia global. A nivel general, podemos intuir que será mucho más difícil encontrar una conducta abusiva de menor importancia en supuestos de exclusiones abusivas, pues estas actuaciones afectan siempre a la estructura de la competencia, por ejemplo eliminando o amenazando con eliminar a un competidor. Así, si algún supuesto se plantea será más probable en casos de explotación abusiva, como la discriminación de precios o los precios excesivos.

c) *La aplicación de la cláusula de menor importancia a las conductas de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal*

No corresponde en este marco volver sobre el debate surgido en torno a la pertinencia del mantenimiento de este tipo de conductas prohibidas. Nuestra reflexión parte de la existencia de este tercer tipo de conductas prohibidas —las conductas de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal— definidas en el art. 3 LDC. El tenor literal de este precepto permite establecer que estas conductas se definen en base a los dos elementos siguientes:

- constituir actos de competencia desleal; y
- falsear la libre competencia afectando así al interés público.

La nueva LDC elimina la referencia a la gravedad de la distorsión que aparecía en el art. 7 LDC 1989.

Sin pretender ahora profundizar en la función de esta prohibición en nuestro sistema de defensa de la competencia, si cabe comentar que su actual redacción no plantea ninguna dificultad desde el punto de vista de la cláusula de menor importancia. Cabe advertir que la aplicación de la cláusula *de minimis* a estas conductas era una de las cuestiones que suscitaba interrogantes a los autores del Libro Blanco<sup>42</sup>.

Retomando algunas reflexiones apuntadas en otros apartados, entendemos que la afectación al interés público y la afectación sensible a la competencia son dos conceptos diferentes tanto por su significado como por su función.

La afectación al interés público es un elemento cualitativo que constituye un presupuesto de aplicación de la LDC (es un requisito de tipicidad).

<sup>42</sup> Libro Blanco para la Reforma del Sistema de Defensa de la Competencia, p. 54.

No todos los actos de competencia desleal, tipificados en la Ley de competencia desleal 3/1991 o en otras normas generales sectoriales, desbordan del ámbito estrictamente privado, afectando al buen funcionamiento del mercado. Esta afectación al interés público constituye un elemento del tipo de toda conducta prohibida por la LDC<sup>43</sup>.

Una vez se comprueba que concurren los dos elementos de este tipo de conductas prohibidas, habrá que determinar si el supuesto escapa a la prohibición en base a alguna exención legal. Así, podría ser que la conducta no fuera ilícita porque las empresas involucradas no superan los umbrales del art. 1 RDC. También puede suceder que una autoridad de la competencia considere que, teniendo en cuenta el entorno jurídico y económico de la conducta, ésta no afecta de manera sensible a la competencia (art. 3.1 RDC). En ambos supuestos, la conducta no deberá caer en ninguna de las excepciones del art. 2 RDC.

En suma, la actual redacción del art. 3 LDC es totalmente coherente con el sistema de cláusula de menor importancia de la nueva LDC. No hay ninguna redundancia ni incoherencia. El antiguo art. 7 LDC 1989 exigía de forma diferenciada que concurriese la afectación del interés público y la distorsión grave de la competencia. Esta segunda exigencia ha desaparecido, pero en la LDC se amplía la aplicación de las conductas de menor importancia a las conductas de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal.

Visto el sistema dual de funcionamiento de la cláusula de menor importancia en la nueva LDC, la no aplicación de la prohibición en base a la menor importancia aplicado a las conductas del art. 3 LDC dependerá en gran medida de las autoridades de la competencia. En efecto, las conductas bilaterales con efectos restrictivos de la competencia suelen enmarcarse en el art. 1 LDC. Por tanto, el principal interés del art. 3 LDC se centraría en la posibilidad de prohibir las restricciones por actos desleales unilaterales realizados por empresas que no son dominantes. Dado que los actos unilaterales no están contemplados en el art. 1 RDC, solamente podrán ser declarados de menor importancia por las autoridades administrativas en aplicación del art. 3.1 RDC.

Dentro de un tiempo, será interesante constatar cuál ha sido la relevancia práctica de esta conducta prohibida y la aplicación a la misma de la cláusula de menor importancia. Es previsible que los resultados difieran un poco entre la Comisión Nacional de la Competencia y las autoridades autonómicas de la competencia. De momento tanto la una como las otras han dictado únicamente resoluciones de archivo de denuncias relativas al art. 3 LDC.

---

<sup>43</sup> La afectación al interés público también constituye un elemento del tipo de las otras dos conductas prohibidas, pero en este caso no se menciona expresamente, seguramente, porque las conductas no son «importadas» de otras ramas del Derecho. Aunque podemos coincidir con algunas opiniones que consideran que en la descripción de este elemento, la redacción es redundante, no nos parece que ello sea esencial.



La línea argumental seguida en estas resoluciones es todavía incierta, apareciendo en algunas resoluciones una tendencia a equiparar la concurrencia de interés público con la afectación sensible a la competencia. Retomando las explicaciones realizadas en otros apartados, si la conclusión es el archivo de las actuaciones, la decisión debiera argumentarse ya sea en la ausencia de tipo (por ausencia de afectación al interés público o por no tratarse de un acto de competencia desleal), ya sea porque la conducta no alcanza los umbrales de cuota de mercado del art. 1 RDC (conducta no ilícita). En caso de considerarse, que hay tipo pero que es una conducta que, por su entorno jurídico y económico, no afecta de manera sensible a la competencia, será necesario incoar el correspondiente expediente que, en su caso, finalizará con una resolución *de minimis* [arts. 3.1 RDC y 53.1.b) LDC].

#### B. LA APLICACIÓN PARALELA DE LAS CLÁUSULAS, COMUNITARIA Y ESPAÑOLA, DE MENOR IMPORTANCIA

Para analizar si la aplicación paralela de los dos sistemas, de competencia comunitario y nacional, plantea alguna dificultad añadida cuando interviene una cláusula *de minimis* es conveniente partir de un doble recordatorio.

Por un lado, en cuanto a la organización de la aplicación paralela, hay que recordar que ésta corresponde a la Comunidad Europea en virtud de los principios de atribución de competencia y de primacía del Derecho comunitario. Los principios de competencia y de primacía junto con las reglas del art. 3 del Reglamento (CE) 1/2003 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado CE, que tiene como título «relación entre los arts. 81 y 82 del Tratado y las normas nacionales sobre competencia», organizan la aplicación paralela de ambos sistemas de defensa de la competencia. Las pautas de organización son, sistemáticamente las siguientes:

1. Las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros tienen la obligación de aplicar los arts. 81 y 82 Tratado CE, cuando aplican la legislación nacional de competencia a acuerdos o prácticas susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros.
2. En los supuestos en que una autoridad de competencia u órgano jurisdiccional se encuentra en una situación de aplicación paralela de ambos sistemas, deberá actuar del modo siguiente:
  - a) No podrá declarar legales conductas consideradas contrarias a los arts. 81 o 82 del Tratado CE, pues con ello pondría en peligro la eficacia del Derecho comunitario.
  - b) No podrá prohibir prácticas colusorias, a no ser que también estén prohibidas por el art. 81 Tratado CE, tal y como se apli-

ca tras la adopción del Reglamento 1/2003 (introducción de la excepción legal).

- c) Podrá adoptar decisiones más estrictas en relación con conductas unilaterales, prohibiendo en el Derecho nacional, conductas no prohibidas en el art. 82 Tratado CE.
3. Podrá prohibir conductas unilaterales o contractuales en virtud de normas que persiguen objetivos diferentes a los de los arts. 81 y 82 Tratado CE, por ejemplo, en el ámbito de la competencia desleal.

Estas reglas deben leerse sobre la base de que los arts. 81 y 82 Tratado CE se aplican sólo cuando un acuerdo o práctica afecte o pueda afectar al comercio entre los Estados miembros de la UE.

Por el otro lado, en cuanto a la configuración de la cláusula *de minimis* en el sistema comunitario de defensa de la competencia, nos limitamos a recordar los rasgos relevantes para la exposición contraponiéndolos a la situación en la LDC:

- La existencia de una afectación sensible de la competencia es un requisito del tipo tanto en el art. 81 como en el 82 del Tratado CE. Esta exigencia ha sido establecida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. En el Derecho comunitario las conductas que no afecten de forma sensible a la competencia no quedan comprendidas en las prohibiciones de los arts. 81 y 82 Tratado CE, por lo que se reputan lícitas. Esta situación únicamente se produce en el sistema español en relación con las conductas entre empresas con cuotas de mercado por debajo de los umbrales del art. 1 y no incursas en supuestos del art. 2, ambos del RDC.
- La comunicación *de minimis* de la Comisión no obliga a las autoridades u órganos nacionales a tener en cuenta los umbrales fijados cuando aplican el Derecho de competencia comunitario. La comunicación advierte que únicamente vincula a la propia Comisión, sin por ello abandonar la pretensión de servir de orientación a los tribunales y autoridades de los Estados miembros a la hora de aplicar el art. 81 Tratado CE. La práctica es que las autoridades y tribunales nacionales siempre se basan en esta comunicación cuando aplican este precepto. Cabe recordar que los criterios de concreción de la conductas de menor importancia son de aplicación imperativa y automática para todas las autoridades y tribunales que apliquen las prohibiciones de los arts. 1 a 3 LDC. Pero la posibilidad de declarar una conducta *de minimis* al margen de estos criterios es una facultad exclusiva de las autoridades de defensa de la competencia.
- En cuanto a los umbrales de cuota de mercado, la inexistencia de la cláusula evolutiva del apartado 9 de la comunicación de la Comisión en el sistema español, podría conducir a una conclusión diferente en cuanto a la consideración como conducta de menor impor-



tancia. Podría ocurrir que un supuesto fuera *de minimis* en virtud del Derecho comunitario y no lo fuera en aplicación del art. 1 RDC. En este caso, hay una divergencia de soluciones que deberá resolverse en el sentido que indicamos más adelante. Esta divergencia podría evitarse en base al art. 3.1 RDC, si quien decide es una autoridad de competencia.

A partir de estas premisas, los límites que impone el Derecho comunitario en la aplicación de la cláusula de conductas de menor importancia de la LDC serían los siguientes:

- *Si la conducta no afecta al comercio entre Estados miembros*, no hay aplicación paralela de los dos sistemas de competencia. Por tanto, las autoridades y tribunales españoles pueden aplicar el sistema de menor importancia de la LDC sin limitaciones.
- *Si la conducta afecta al comercio entre Estados miembros*, cabe diferenciar la situación según el tipo de conducta:

— Práctica colusoria:

- Si está prohibida por el Derecho comunitario, no se podrá declarar que la conducta es de menor importancia en aplicación del Derecho nacional, en particular, la autoridad no podrá ejercer la facultad del art. 3.1 RDC.
- Si no está prohibida por el Derecho comunitario porque es una conducta *de minimis*, no se podrá considerar prohibida por estar incurso en una de las excepciones del art. 2 RDC.

— Abuso de posición dominante:

- Si está prohibida por el Derecho comunitario, no se podrá declarar que la conducta es de menor importancia en aplicación del Derecho nacional, en particular, la autoridad no podrá ejercer la facultad del art. 3.1 RDC.
- Si no está prohibida por el Derecho comunitario porque es una conducta *de minimis*, la autoridad y el tribunal podrán declararla prohibida porque incurre en alguna de las excepciones del art. 2.4 RDC o porque la autoridad considera que del contexto jurídico y económico de la conducta no cabe considerar que no sea apta para afectar de manera significativa a la competencia.

— Conductas de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal.

Como se trata de una prohibición que no se solapa con los arts. 81 y 82 Tratado CE, las autoridades y tribunales españoles pueden aplicar el sistema de menor importancia de la LDC sin limitaciones.

### C. CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA Y AUTORIDADES AUTONÓMICAS DE LA COMPETENCIA

La cláusula de las conductas de menor importancia es uno de los elementos que configuran la prohibición de las conductas restrictivas de la competencia, en relación a la cual existe una situación de competencias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Concretamente, corresponde al Estado la competencia legislativa exclusiva, mientras que a nivel ejecutivo, cada Comunidad Autónoma tiene competencias ejecutivas exclusivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la competencia en el ámbito de la respectiva Comunidad Autónoma y el Estado tiene competencias ejecutivas exclusivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la competencia en un ámbito superior o en el conjunto del territorio nacional.

De esta distribución competencial, cabe derivar que la configuración legal de la cláusula de menor importancia es una competencia exclusiva del Estado. Ello significa que las Comunidades Autónomas no pueden añadir criterios de delimitación de la exención legal. El alcance de las prohibiciones es el mismo en todo el territorio nacional. Los supuestos previstos, en sentido positivo y en sentido negativo, en los arts. 1 y 2 RDC son los únicos vigentes, y lo son en todo el territorio nacional.

A nivel de las competencias ejecutivas, la situación es diferente. Cada autoridad resolverá los asuntos que estime de su competencia<sup>44</sup>, aplicando si concurren las condiciones, la exención legal de las conductas de menor importancia.

Pero además de la aplicación de estos dos preceptos del Reglamento, las competencias ejecutivas también alcanzan al art. 3 RDC. Como ya se ha mencionado, este precepto faculta a la Comisión Nacional de la Competencia para aplicar la cláusula *de minimis* a otros supuestos sobre la base de un análisis caso por caso, así como para elaborar comunicaciones. Por razones que ya hemos apuntado, entendemos que este precepto se refiere a competencias ejecutivas. Por ello, a pesar del tenor literal de este precepto, entendemos que las dos facultades que contempla pueden ser también ejercidas por las autoridades de competencia de las Comunidades Autónomas<sup>45</sup>.

En consecuencia, cada autoridad de la competencia podrá decidir si, atendiendo al contexto jurídico y económico de una conducta, debe concluir que ésta es de menor importancia. Dado que este precepto se refiere a expedientes incoados, es evidente que la conducta investigada ya habrá pasado por el sistema de atribución de casos regulado en la Ley 1/2002 de

<sup>44</sup> Para evitar conflictos competenciales, la Ley 1/2002 de coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de competencia, establece un sistema de atribución de casos.

<sup>45</sup> Hay muchos otros artículos de la nueva regulación que se refieren únicamente a la Comisión Nacional de la Competencia, pero para los cuales se entiende que también son de aplicación a las autoridades autonómicas.



coordinación de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de competencia<sup>46</sup>.

En cuanto a las comunicaciones para desarrollar los criterios de delimitación de las conductas de menor importancia, en tanto en cuanto entendemos que se está refiriendo a los criterios para el ejercicio de la facultad del apartado primero de este mismo artículo, consideramos que se trata de un complemento de la facultad de aplicación de la cláusula *de minimis* en función del contexto jurídico y económico de la conducta. Por tanto, las autoridades autonómicas de la competencia pueden elaborar sus propias comunicaciones. Como establece el art. 3.2 RDC deberán antes oír el Consejo de Defensa de la Competencia. Esta previsión es importante en aras de una mayor uniformidad en la aplicación de las prohibiciones establecidas en la LDC.

#### D. CONDUCTAS DE MENOR IMPORTANCIA Y ÓRGANOS JURISDICCIONALES Y ARBITRALES

##### a) *Jurisdicción administrativa*

En este apartado se trata de señalar una diferencia importante respecto a las facultades de los tribunales que revisan las decisiones administrativas sobre competencia. En el ámbito comunitario, la comunicación *de minimis*, únicamente vincula a la Comisión. Como expresamente advierte el apartado 6 de esta comunicación, el Tribunal de Justicia es el intérprete supremo del art. 81 Tratado CE. Ello se traduce en el hecho que en caso de recurso por disconformidad con la aplicación o no aplicación de la cláusula *de minimis*, el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas podrá revisar, no sólo la existencia de motivación, sino también los elementos de hecho y de derecho tenidos en cuenta o ignorados para fundamentar la decisión de la Comisión.

En la LDC, la situación es diferente. La Audiencia Nacional o los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas podrán revisar si se ha aplicado correctamente el criterio de la cuota de mercado. Esta posibilidad existe tanto si se ha incoado expediente como si no se ha hecho. En el caso de estimar que la conducta supera los umbrales de cuota de mercado, deberá anular la resolución e instar a la autoridad de competencia que instruya el correspondiente expediente.

Fuera de estos supuestos de cuota de mercado, las facultades de estos órganos jurisdiccionales se limitan a comprobar que la autoridad administrativa ha motivado suficientemente la resolución, en relación con la declaración de conducta de menor importancia por su contexto o en relación con la negativa a aplicar este supuesto. Esta revisión puede eventualmente

<sup>46</sup> Debemos añadir que en los supuestos de resoluciones de archivo previstas en el art. 25.5 RDC, el asunto investigado habrá pasado también por el sistema de atribución de casos.

incluir una valoración de la entidad de la conducta, lo que en cierto modo lleva a una argumentación, en sede jurisdiccional, del concepto de menor importancia y verificar si no se ha producido un error manifiesto de hecho. Pero el juez de lo contencioso-administrativo no puede substituir a la autoridad de la competencia en cuanto a la decisión sobre la oportunidad de no aplicar las prohibiciones.

#### b) *Jurisdicción civil*

La cláusula de menor importancia en la LDC supone la no aplicación de las prohibiciones a las conductas *de minimis*. Por tanto, las conductas de menor importancia no están prohibidas, esto es, son lícitas desde el punto de vista de la defensa de la competencia.

Como se ha visto, la licitud por razón de la escasa importancia de las conductas es automática si se trata de acuerdos que no superan los umbrales del art. 1 RDC. No hace falta que exista una resolución administrativa previa para que, en estos casos, el juez deba apreciar la existencia de una conducta de menor importancia y, por tanto, desestimar las peticiones de nulidad y/o indemnización por daños y perjuicios. Como el juez debe aplicar globalmente los arts. 1 a 5 LDC, ante cualquier infracción de estos preceptos deberá comprobar si se alcanzan los umbrales *de minimis*, incluso aunque la parte demandada no lo haya expresamente alegado como causa de desestimación de la pretensión de la parte que solicita la declaración de ilicitud de la conducta.

Si la conducta supera dichos umbrales, únicamente podrá considerarse lícita una conducta por razón de su escasa importancia, si existe una resolución administrativa que así lo declare. Debemos recordar que el art. 3.1 RDC establece que la autoridad de competencia podrá declarar la no aplicación de las prohibiciones. Ello es así porque el art. 5 LDC establece una única posible consecuencia de la consideración como conducta de menor importancia: la inaplicación de las prohibiciones.

La resolución administrativa declarativa de la menor importancia no es, pues, únicamente una manifestación de la discrecionalidad de la Administración de no sancionar una determinada conducta. En la LDC esta resolución deja la conducta fuera del ilícito, tanto administrativo como civil, por infracción a esta Ley. Por ello, en estos supuestos, el juez no podrá declarar la existencia de un ilícito civil por infracción a la LDC. En cierto modo, la existencia de razones de interés general para no sancionar afecta a la ilicitud de la conducta, de tal forma que los sujetos interesados no podrán ejercitar las acciones civiles conducentes a eliminarla del mundo jurídico o a la indemnización de los perjuicios que les haya causado.

Por tanto, en ambos casos, la conducta excluida de las prohibiciones por la cláusula *de minimis*, no puede dar razón a un ilícito civil por infracción a la LDC.



Ahora bien, el hecho de que una conducta sea considerada de menor importancia a la luz de la LDC, no impide que dicha conducta pueda ser considerada constitutiva de un ilícito civil en base al art. 5 de la Ley de Competencia Desleal<sup>47</sup> o en base a los arts. 7.2 o 1.902 del Código Civil. A pesar de ser conductas *de minimis* desde la óptica de la defensa de la competencia, es posible que produzcan un daño a un particular que, conforme a alguna de estas disposiciones, podría recibir amparo desde el ámbito del Derecho privado.

### c) Arbitraje

Las diferencias contractuales pueden dirimirse también por la vía arbitral, sin que el hecho de que la controversia verse principal o incidentalmente sobre cuestiones de defensa de la competencia sea un obstáculo para la validez del laudo arbitral.

Siguiendo las soluciones que ya se han apuntado respecto a la jurisdicción civil, los árbitros deberán apreciar si la conducta incurre en una prohibición. En este sentido, los árbitros que resuelvan en arbitraje de derecho, interpretarán globalmente los arts. 1 a 5 LDC, de tal forma que, si la conducta no supera los umbrales del art. 1 RDC y no constituye una *hard core restriction*, se entenderá que no está prohibida. Lo mismo sucederá si la parte interesada aporta una resolución administrativa relativa a la conducta, en la que se declara que es de menor importancia.

Hay sin embargo una peculiaridad que cabe resaltar. Si el arbitraje institucional corre a cargo de una autoridad de la competencia<sup>48</sup>, ésta no podrá hacer uso de la facultad del art. 3.1 RDC en el curso del procedimiento arbitral.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALLENDE-SALAZAR CORCHO, Rafael, «Las conductas prohibidas en el Anteproyecto de Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 241, 2006, pp. 23-32.
- «Las conductas prohibidas en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», *La Ley*, núm. 1, 2008, pp. 47-58.
- ALVARO MONTERO, Ángel de, «El régimen sancionador en la Ley de defensa de la competencia», en *Derecho de la competencia. Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, 2008, pp. 381-435.

<sup>47</sup> Pero no del art. 15.2 de esta Ley como ya se ha comentado en relación con la aplicación de la cláusula de menor importancia a las conductas de falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

<sup>48</sup> Posibilidad prevista en el art. 24.f) LDC y en los arts. 72 a 78 RDC que regula las peculiaridades de este arbitraje.

- BERENGUER FUSTER, Luis, «Reflexiones sobre la tipificación de las conductas prohibidas en la Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta jurídica de la CE*, serie D-29, 1998, p. 143.
- CALVIÑO, Nadia, «La reforma del sistema español de defensa de la competencia: refuerzo de los instrumentos para luchar contra las conductas más lesivas», *Anuario de la competencia 2005*, Marcial Pons, 2006, pp. 63-85.
- COSTAS COMESAÑA, Julio, «Acuerdos de reducción de capacidad de producción de menor importancia (Comentario a la Resolución del TDC en el caso Cajas Rurales Jalón y Zaragoza desde la Ley 52/1999 de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia)», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 207, 2000, pp. 78-89.
- CREUS, Antonio, «Viejos tipos, nueva Ley, nueva fuerza», *La Ley 15/2007 de defensa de la competencia. Reflexiones sobre las principales novedades*, en *Comunicaciones en propiedad industrial y Derecho de la Competencia*, 2007, núm. 48, pp. 33-79.
- FERNÁNDEZ LÓPEZ, Juan Manuel, «Conductas prohibidas autorizadas y autorizaciones singulares», *Anuario de la competencia 1998*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 1999, p. 97.
- GONZÁLEZ LÓPEZ, María Jesús, «El proceso de reforma del sistema español de defensa de la competencia: del Libro blanco a la nueva Ley», *La Ley*, núm. 1, 2008, pp. 29-38.
- GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso, «El nacimiento del principio de *minimis* en el Derecho español de la libre competencia», *La Ley*, 1999, t. 5, Ref. D-260.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, «El nuevo sistema de defensa de la competencia. Algunas cuestiones generales sobre su fundamento constitucional y su organización específica en una administración independiente», en *Derecho de la competencia. Estudios sobre la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia*, 2008, pp. 47-86.
- PASCUAL Y VICENTE, Julio, «Las conductas prohibidas en la reformada Ley de Defensa de la Competencia», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 205, 2000, pp. 10-22.
- RUIZ-RISUEÑO RIERA, Francisco, «La relevancia práctica de las conductas de menor importancia», *Derecho de la competencia europeo y español, Curso de iniciación*, vol. IV, Madrid, 2003, pp. 15-39.
- URÍA FERNÁNDEZ, Francisco, «Las consecuencias jurídico-privadas de las conductas contrarias a la Ley de Defensa de la Competencia. Aportaciones de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, de reforma de la Ley de Defensa de la Competencia», *Anuario de la competencia 1999*, Madrid, Fundación ICO/Marcial Pons, 2000, pp. 171-204.
- VALLINA, Roberto, «¿De *minimis lex non curat* o de *minimis praetor non curat?*», *La Ley*, núm. 2, 2008, pp. 47-68.





# DENUNCIANTES E INTERESADOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PERSECUCIÓN DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

Carmen LENCE REIJA\*  
Inspectora Jefe de la Competencia  
Comisión Nacional de la Competencia

## 1. PRELIMINAR

### A. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

En España la persecución de las conductas anticompetitivas está atribuida a diferentes órganos de acuerdo con un esquema institucional más o menos coherente y más o menos pacífico. Este esquema ha variado sustancialmente en los últimos años debido tanto al impulso que las instancias comunitarias han dado a la aplicación judicial como a la incorporación de nuevas autoridades autonómicas al sistema español de defensa de la competencia.

Antes de la incorporación de estos nuevos actores, la persecución en nuestro país de las conductas anticompetitivas se canalizaba exclusivamente a través de denuncias que los particulares presentaban ante el Servicio de Defensa de la Competencia. Así, debido a una coyuntura jurídica que no ofrecía alternativas, las empresas y demás agentes económicos confiaban en las denuncias como el medio más adecuado para obtener satisfacción a sus pretensiones de justicia, que esperaban que la Administración resolviese, como si de un órgano judicial se tratase<sup>1</sup>. Pero, a pesar de lo sugestivo de la denominación del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia, la función fundamental de la CNC no es la de resolver las pretensiones privadas de los particulares.

\* Este artículo refleja exclusivamente la opinión de su autora.

<sup>1</sup> En este sentido, véase BERENGUER y PASCUAL, «Génesis y retos del sistema de defensa de la competencia», *Anuario de la Competencia 2006*, 17, son dos los principales rasgos característicos de la actuación de las autoridades a este respecto: 1) se mueven o actúan mayoritariamente a instancia de parte a través de denuncia, siendo pocos los expedientes iniciados «de oficio», dedicando muchos recursos a rechazar quejas de competidores; 2) son muy escasos los cárteles «duros desmontados».



Sin duda, el desarrollo relativamente tardío en nuestro país de la aplicación privada del Derecho de la competencia ha propiciado este fenómeno. Hasta fechas relativamente recientes, la justicia no era la vía idónea para dirimir los conflictos privados que surgiesen en aplicación de la LDC, de modo que éstos sometían estas cuestiones ante el Servicio de Defensa de la Competencia para que éste, una vez realizada la instrucción, elevase el asunto al Tribunal de Defensa de la Competencia. El sistema ofrecía, además, otros incentivos que lo hacían preferible a la justicia: la relativa rapidez con que se resolvían los procedimientos, su carácter gratuito y la especialización de sus profesionales.

Pero no sólo la falta de alternativas terminó por convertir la actividad administrativa en un sucedáneo de la justicia. Es preciso tener en cuenta, además, que bajo el derogado sistema de autorización singular, la Administración intervenía en las relaciones jurídico-privadas de una manera ciertamente intensa. Esta constante intervención propició la creación de un sistema cerrado en que los particulares requerían de manera constante la intervención de la Autoridad de Competencia, a la que implícitamente se la percibía como una entidad especializada encargada no sólo del control de legalidad de sus contratos, sino también de plantearle la resolución de conflictos con otras empresas.

Buena muestra de este rasgo característico del sistema español de defensa de la competencia lo constituye el art. 36.1 de la derogada Ley de Defensa de la Competencia 16/1989<sup>2</sup> que, contraviniendo los principios procesales básicos que caracterizan al procedimiento administrativo sancionador disponía que el procedimiento sancionador podía iniciarse *bien de oficio, bien a instancia de parte interesada*.

## B. OBJETIVOS DE ESTE TRABAJO

### a) *Objetivos generales*

El carácter «cuasi-privado» que ha marcado el desarrollo del Derecho de la competencia durante los últimos años ha producido importantes beneficios. En particular, ha permitido la creación de una cierta cultura de la competencia en España, así como un *corpus* consistente de decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia. Sin embargo, no podemos pasar por alto que la obligación que pesa sobre la CNC de pronunciarse sobre todas las denuncias que le presenten los particulares puede producir el indeseable efecto de exigir, si el volumen de denuncias es lo suficientemente elevado, una dedicación importante de los recursos de la CNC en detrimento de una actuación de oficio cada vez más necesaria.

Así, como garante del interés general, la CNC está llamada a administrar sus recursos de la manera más beneficiosa para el conjunto de la socie-

<sup>2</sup> LDC 16/1989, de 17 de julio; *BOE*, 18 julio 1989, núm. 170, p. 22747.

dad. Esta responsabilidad implica, en lo que se refiere a la persecución de las conductas anticompetitivas, la necesidad de dirigir prioritariamente la actuación pública hacia aquellas conductas susceptibles de causar un mayor impacto negativo sobre el bienestar de los consumidores<sup>3</sup>.

El art. 36.1 de la Ley 16/1989 tras la aprobación de la nueva Ley de Defensa de la Competencia 15/2007<sup>4</sup> ha quedado sustituido por el nuevo art. 49 que dispone que el procedimiento se inicia de oficio, ya sea a iniciativa propia o del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia o bien por denuncia. Con mayor claridad, el art. 25 del Real Decreto 261/2008<sup>5</sup> por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley dispone que el procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio.

### b) *Objetivos específicos*

El nuevo marco legal introducido por la Ley 15/2007, que consagra inequívocamente el carácter público de la persecución de las conductas anticompetitivas, replantea ciertas cuestiones procesales que, a nuestro juicio, resultan inseparables de los aspectos de fondo. Abordarlas todas sería inabarcable en este artículo, y por ello, hemos seleccionado, como tema para este trabajo, la determinación del papel que se ha de asignar a los denunciante en los procedimientos sancionadores. Una de las cuestiones clave es la de si el denunciante tiene derecho a exigir a la CNC que atienda el fondo de su pretensión o si, simplemente, a través de su denuncia, se ha limitado a poner en conocimiento de la autoridad unos hechos que pueden indicar la existencia de una conducta anticompetitiva.

En el ámbito comunitario se planteó esta misma cuestión hace ya algún tiempo. El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, en la sentencia *Automec* de 18 de septiembre de 1992<sup>6</sup>, eximió a la Comisión Europea de la obligación de investigar todas y cada una de las denuncias que los particulares le presenten siempre que versen sobre cuestiones que no sean de su competencia exclusiva. La base jurídica que sirvió de apoyo a esta decisión residía en las propias funciones que la Comisión Europea estaba llamada a desempeñar en el desarrollo de la política comunitaria de competencia. Para el Tribunal de Justicia, la actuación de oficio por parte de la Comisión Europea consistente en la responsabilidad de elaborar la polí-

---

<sup>3</sup> El plan estratégico de la CNC para el bienio 2008-2009 apunta cuáles serán las prioridades de actuación para dicho periodo, señalando que las mismas se fijarán *por sectores o mercados y teniendo en cuenta la importancia de los problemas analizados según el daño infligido a los consumidores y al interés público suscitado, así como la posición relativa de la CNC y el alcance potencial de su acción en relación con otras instituciones judiciales o administrativas, para la resolución de sus problemas*. El documento íntegro se encuentra disponible en la página web de la CNC: [www.cncompe-tencia.es](http://www.cncompe-tencia.es)

<sup>4</sup> Miércoles 4 de julio de 2007 *BOE*, núm. 159.

<sup>5</sup> *BOE*, núm. 50, 27 de febrero de 2008, 11575.

<sup>6</sup> *Automec/Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1992, p. II-2223.



tica de competencia para toda la Unión Europea, era incompatible con la obligación de dar respuestas a todas y cada de las denuncias que les presentasen los particulares. Congruente con esta decisión reconoció que la Comisión estaba facultada para atribuir diferentes grados de prioridad a las denuncias.

## 2. PERSECUCIÓN PÚBLICA DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS *VERSUS* APLICACIÓN PRIVADA

A grandes rasgos, la persecución de las conductas anticompetitivas se concreta en un doble frente: de una parte, en la actuación pública y, de otra, en la aplicación privada.

La aplicación pública del Derecho de la competencia tiene como objetivo la protección del interés público representado por el bienestar de los consumidores y, para ello, una de sus misiones es la de prevenir conductas anticompetitivas por parte de las empresas, así como poner fin a los comportamientos ya existentes. Esta función al mismo tiempo preventiva, reparadora y disuasoria se concreta en una actividad sancionadora, cuyo instrumento esencial es la política de multas y en una actividad preventiva a través de la imposición de remedios.

La diferencia de intereses protegidos en uno y otro caso ya ha sido puesta de manifiesto por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la citada sentencia *Automec*, cuyo apartado 85 señala que, «a diferencia del juez civil, cuya misión es proteger los derechos subjetivos de las personas privadas en sus relaciones recíprocas, una autoridad administrativa debe actuar en interés público».

En el sistema español, la responsabilidad de actuar en defensa del interés público está atribuida con carácter exclusivo a la Comisión Nacional de la Competencia y las autoridades de defensa de la competencia de carácter autonómico allá donde existiesen<sup>7</sup>.

Paralelamente a la defensa pública de la competencia, la aplicación privada, canalizada a través de acciones civiles ejercitables ante los órganos judiciales<sup>8</sup>, tiene como objetivo primordial<sup>9</sup> la tutela de los derechos subje-

---

<sup>7</sup> Por razones de síntesis, a lo largo de este trabajo, nos referiremos a la CNC. Sin embargo, las conclusiones a las que lleguemos son trasladables *mutatis mutandis* a la actividad sancionadora de los órganos autonómicos de defensa de la competencia.

<sup>8</sup> De acuerdo con la Disposición adicional primera de la Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia: de acuerdo con lo dispuesto en el art. 86 ter 2.f) de la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial, los Juzgados de lo Mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de los procedimientos de aplicación de los arts. 1 y 2 de la presente Ley.

<sup>9</sup> Es cierto que la función primordial de la aplicación privada es la tutela de los intereses privados, si bien la jurisprudencia ha reconocido su papel coadyuvante a una lucha más eficaz contra las prácticas anticompetitivas. Así, en la sentencia que resolvió el caso *Courage (Courage Ltd v. Bernard*

tivos e intereses privados. En el ámbito de las conductas anticompetitivas, las pretensiones que los particulares sometan a los órganos judiciales tendrán por objeto, por ejemplo, peticiones de anulación de acuerdos que vulneren el art. 1 de la Ley de Defensa de la Competencia o reclamaciones por daños y perjuicios por conductas anticompetitivas.

#### A. IMPLICACIONES PROCESALES: PRINCIPIO DISPOSITIVO *VERSUS* PRINCIPIO DE OFICIALIDAD

La distinta naturaleza y finalidad de las acciones pública y privada en materia de conductas anticompetitivas no puede estar exenta de consecuencias en el ámbito procesal. El hecho de que el interés subyacente en los procedimientos sancionadores sea precisamente el interés público exige que su tramitación esté presidida por el principio de oficialidad, frente al principio dispositivo que rige para la defensa de los derechos e intereses privados.

##### a) *Principio dispositivo*

El principio dispositivo, propio del Derecho procesal civil, implica, como su denominación sugiere, que las partes disponen del objeto del proceso, lo que significa, en cierto modo, que son dueños del mismo. El principio dispositivo presupone que el objeto del proceso es del dominio de los particulares y este dominio no se explicaría sino fuera porque los procedimientos en los que rige el principio dispositivo tienen por objeto derechos e intereses subjetivos y privados, cuyo ejercicio y defensa corresponde exclusivamente a los particulares, sin que quepa, sobre los mismos, ninguna posibilidad de intervención pública.

El principio dispositivo se concreta en una serie de derechos para las partes quienes pueden decidir si inician o no una acción, desistir de ella y pactar sobre el objeto del proceso.

Una de las manifestaciones del principio dispositivo es el principio de justicia rogada, expresado en el art. 216 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000<sup>10</sup>, a cuyo tenor, «los tribunales civiles decidirán los asuntos en vir-

---

*Crehan et al.*, C-435/99, Sentencia de 20 de septiembre de 2001), el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas reconoció que la posibilidad de obtener una indemnización de daños y perjuicios, complementa la eficacia de los arts. 81 y 82. En palabras del propio TJCE: «un derecho de esta índole refuerza la operatividad de las normas comunitarias de competencia y puede disuadir los acuerdos o prácticas, a menudo encubiertos, que puedan restringir o falsear el juego de la competencia. Desde este punto de vista, las acciones que reclaman indemnizaciones por daños y perjuicios ante los órganos jurisdiccionales nacionales pueden contribuir sustancialmente al mantenimiento de una competencia efectiva en la Comunidad».

<sup>10</sup> *BOE*, núm. 7, sábado 8 de enero de 2000, p. 575.



tud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales».

Acerca del principio de justicia rogada, el Tribunal Supremo ha señalado lo siguiente<sup>11</sup>, «en íntima relación con tal principio (el principio dispositivo), pero con independencia o al menos autonomía, figuran los de justicia rogada y de aportación de parte, el primero en cuanto que el actor determina la iniciación del proceso (“ne procedat iudex ex officio” y “nemo iudex sine actore”) y puede desistir. En cuanto al de aportación de parte, significa la asunción por cada parte de los elementos de alegación, petición y prueba que vinculan al juez dentro del margen de la pretensión y de su oposición».

El ejemplo clásico de procedimiento en el que rige el principio dispositivo es la reparación de daños y perjuicios. El perjudicado puede decidir (sometido únicamente al límite de la prescripción) en qué momento plantear la demanda ante un órgano judicial y en cualquier momento del procedimiento puede desistir del objeto del mismo o renunciar a su acción.

#### b) *Principio de oficialidad*

Por contraste con el principio dispositivo, en el ámbito de los procedimientos administrativos rige el principio de oficialidad, expresado en el art. 74 de la Ley 30/1992<sup>12</sup>, a cuyo tenor, el procedimiento, sometido al criterio de celeridad, se impulsará de oficio en todos sus trámites<sup>13</sup>. A diferencia del principio dispositivo, que caracteriza la defensa procesal de los intereses privados, el principio de oficialidad presupone que el objeto del proceso es de interés público, por lo que los particulares no disponen del objeto del mismo.

El hecho de que un determinado procedimiento tenga por objeto la defensa de los intereses generales implica, entre otras consecuencias, que la toma de decisiones sobre la tramitación corresponde al órgano que tenga atribuidas por el ordenamiento jurídico dichas funciones.

En los procedimientos sancionadores, donde el interés público está más presente que nunca, el principio de oficialidad se traduce en un limitado campo de actuación para los particulares. Así, en los procedimientos sancionadores ni los particulares pueden exigir a la Administración que actúe en uno u otro sentido ni que realice una determinada inspección ni que ordene la práctica de una determinada prueba ni en definitiva, que lleve a cabo los actos preparatorios de la decisión final que los particulares sí pue-

<sup>11</sup> Sentencia de 7 de diciembre de 1999 [RJ 1999/9194].

<sup>12</sup> Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre. BOE, núm. 285.

<sup>13</sup> Este principio de oficialidad no implica que, en los casos en que la Ley así lo permita, no pueda reconocerse a los interesados facultades concretas de disponer de sus derechos y, en consecuencia, poner fin a un procedimiento a través del desistimiento o la terminación convencional cuyo ámbito de actuación la LRJPAC se reserva para aquellas materias susceptibles de transacción.

den exigir a un juez en la defensa de sus intereses privados. Incluso la retirada de la denuncia no tiene por qué implicar la conclusión de los procedimientos. Pensemos, por ejemplo, en un gran cártel del que la autoridad ha tenido conocimiento gracias a la denuncia de un particular. Si la CNC opta por investigar el asunto, la eventual retirada de la denuncia de un particular no produciría ningún efecto en el ámbito administrativo. El escenario sería sustancialmente distinto si ese mismo particular, en lugar de presentar una denuncia ante la CNC, hubiera presentado una demanda solicitando la indemnización de sus daños y perjuicios ante un juzgado de lo mercantil. En este último caso, por aplicación de principio dispositivo, podría retirar su demanda en cualquier momento del proceso.

El principio de oficialidad en los procedimientos sancionadores es tan intenso que, salvo que acrediten un interés legítimo *ad causam*, ni siquiera los propios denunciantes podrán recurrir la decisión final. Ésta es precisamente otra de las grandes diferencias que los procedimientos administrativos sancionadores presentan con respecto a los procesos civiles. En éstos tanto el demandante como el demandado pueden recurrir la decisión judicial porque, desde el momento en que una demanda ha sido admitida a trámite, ambos son parte en el procedimiento y ambos pueden presentar un recurso contra la decisión. En cambio, el denunciante, para obtener el estatus de interesado, ha de acreditar y demostrar un interés legítimo, y ello a pesar de que la denuncia tenga carácter público, ya que este carácter público no se extiende a la posibilidad de reaccionar contra la decisión que dicte el órgano administrativo en respuesta a una determinada denuncia.

El Tribunal Supremo ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre esta cuestión en la sentencia de 24 de enero de 2007<sup>14</sup>, relativa a una denuncia presentada por una empresa contra un auditor por irregularidades cometidas durante el proceso de auditoría de una de sus empresas participadas. El TS negó la existencia de interés legítimo por parte de la recurrente a que se impusiera una sanción a la empresa auditora, señalando que «la potestad sancionadora de la Administración se mueve en el plano de los intereses públicos y no tiene por objeto dirimir enfrentamientos mercantiles entre los accionistas mayoritarios y minoritarios de una determinada sociedad anónima ni facilitar a unos o a otros sus eventuales impugnaciones ulteriores de futuros —e hipotéticos— acuerdos».

## B. EL INICIO DE OFICIO DEL PROCEDIMIENTO

Con carácter general, el procedimiento administrativo puede iniciarse bien de oficio bien a solicitud de persona interesada<sup>15</sup>. Sin embargo, esta

<sup>14</sup> RC 1.408/2004.

<sup>15</sup> Ley de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común, Ley 30/1992, de 26 noviembre, art. 68; *BOE*, 27 de noviembre de 1992, núm. 285, p. 40300; rect. *BOE*, 28 de diciembre de 1992, núm. 311, p. 44118.



regla no resulta aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores, en los que el principio de oficialidad cobra su máxima expresión, de manera que sólo cabe la posibilidad de iniciar el procedimiento de oficio, sin que, en modo alguno, sea admisible un inicio del procedimiento a instancia de persona interesada.

A este respecto, el Reglamento de procedimiento para ejercicio de potestad sancionadora de 4 de agosto de 1993<sup>16</sup>, norma básica aplicable a los procedimientos sancionadores establece inequívocamente que los procedimientos sancionadores se iniciarán siempre de oficio. En términos similares, el Real Decreto 261/2008, en su ya citado art. 25 establece que el procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas se inicia de oficio por la Dirección de Investigación, ya sea a iniciativa propia o del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia o bien por denuncia.

Así, a diferencia de los procesos civiles, en los que, en aplicación del principio *nemo iudex sine actore*, la demanda inicia el procedimiento, los procedimientos sancionadores por conductas anticompetitivas sólo podrán iniciarse de oficio, independientemente de que algún particular haya podido presentar una denuncia. Esta situación contrasta, como ya hemos señalado, con la existente bajo la derogada Ley de Defensa de la Competencia 16/1989<sup>17</sup> cuyo art. 36.1 señalaba: «el procedimiento se inicia por el Servicio de Defensa de la Competencia de oficio o a instancia de parte interesada».

La posibilidad existente bajo la derogada LDC de que el procedimiento pudiera ser iniciado a instancia de parte dio pie a alguna resolución en la que se cuestionaba el carácter eminentemente sancionador de este procedimiento. Así, el Tribunal de Defensa de la Competencia, en su resolución de 31 de marzo de 1998<sup>18</sup> (*Arquitectos Canarias*) consideró que los procedimientos en materia de conductas anticompetitivas, no constituyan genuinos procedimientos sancionadores, sino que revestían la naturaleza de procedimientos especiales. De acuerdo con el TDC:

«Esta especialidad se distingue ya en cuanto a la posibilidad de iniciación del procedimiento, pues la misma mantiene previsiones que son evidentemente especiales. Así, determina su inicio de oficio y también a instancia de parte interesada (art. 36.1 LDC) a diferencia de los procedimientos sancionadores que regula con carácter general el Real Decreto 1398/1993 que aprueba el Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora que sólo establece su inicio de oficio (art. 11). La particularidad de la Ley se explicita aquí en que la iniciación del procedimiento no es en virtud de simple denuncia de cualquiera, sino de parte interesada, lo que guarda coherencia con la doble acción declarativa y sancionadora que la misma posibilita, según se deduce de las posibilidades que establecen los arts. 13 y 46 de la misma Ley, y ello a pesar de que el art. 37 de la LDC califique el procedimiento de sancionador».

<sup>16</sup> Real Decreto 1398/1993, de 4 agosto, *BOE*, 9 de agosto de 1993, núm. 189, p. 24050.

<sup>17</sup> LDC 16/1989, de 17 de julio, *BOE*, 18 de julio de 1989, núm. 170, p. 22747.

<sup>18</sup> Expte. 403/97.

### 3. NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS DENUNCIAS

Como hemos apuntado en el apartado anterior, los procedimientos sancionadores en materia de conductas anticompetitivas se inician siempre de oficio por la Dirección de Investigación de la CNC.

Si bien la decisión de incoar un expediente sancionador podrá fundarse en una denuncia previa, esto no significa en modo alguno que la denuncia, como tal, inicie el procedimiento, ni que la presentación de la misma vincule a la hora de incoar un procedimiento sancionador.

#### A. LAS DENUNCIAS COMO FUENTE DE INFORMACIÓN

Descartado el papel de la denuncia como medio para iniciar un procedimiento, hemos de plantearnos cuál es el valor de las denuncias en los procedimientos sancionadores con conductas anticompetitivas.

En el ámbito administrativo sancionador, el citado Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora define, en su art. 11, la denuncia como «el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera constituir infracción administrativa».

El citado precepto atribuye a las denuncias una naturaleza meramente informativa. Así, puesto que la denuncia, como tal, no sirve para iniciar el procedimiento, sí sirve, en cambio, para poner en conocimiento del órgano competente ciertos hechos para que éste decida, llegado el caso, iniciar el procedimiento.

Este carácter de las denuncias como fuente de información para la autoridad de competencia ha sido expresamente reconocido por el Tribunal de Defensa de la Competencia. En la resolución de 19 de abril de 1999 (*Ayuntamiento de Chiclana*)<sup>19</sup>, el TDC señaló que «la información reservada que regula el art. 36 LDC, no constituye un procedimiento contradictorio [...] sino que se trata de una investigación previa a la admisión de una denuncia y tiende a comprobar la realidad y transcendencia de los hechos denunciados».

En el ámbito comunitario, este valor de las denuncias como fuente de información está expresamente reconocido en el preámbulo del Reglamento 773/2004<sup>20</sup> que dispone: «las denuncias son una fuente primordial de información para detectar las infracciones de las normas de competencia». Asimismo, la comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denun-

<sup>19</sup> Expte. R 341/98.

<sup>20</sup> Reglamento (CE) núm. 773/2004, de la Comisión, de 7 de abril de 2004 relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los arts. 81 y 82 del Tratado CE.



cias por parte de la Comisión al amparo de los arts. 81 y 82 del Tratado CE<sup>21</sup>, reitera la importancia de las denuncias como fuente de información para la Comisión señalando expresamente: «la Comisión desea animar a los ciudadanos y empresas a que se dirijan a las autoridades de competencia para informarlas de las infracciones de la normativa de competencia de las que tengan sospecha».

**B. SOBRE EL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS DENUNCIAS. ¿TIENE DERECHO EL DENUNCIANTE A EXIGIR QUE LA CNC EXAMINE SU DENUNCIA?**

Señalábamos en la introducción a este trabajo que los procedimientos sancionadores por conductas anticompetitivas han sido instrumentalizados bajo la vigencia de la anterior LDC para dirimir controversias privadas. Esta «cuasi-judicialización» de los procedimientos ha determinado que los particulares terminasen por concebir expectativas de que la CNC resolvería el objeto de su pretensión con un acto administrativo capaz de poner fin al procedimiento y susceptible de recurso.

Ahora bien, el hecho de que los particulares tengan derecho a presentar una denuncia, no significa que se les reconozca un derecho a que el contenido de su denuncia haya de ser examinado por la CNC.

Así, el carácter público de la denuncia no implica en modo alguno que las pretensiones de los particulares puedan dirigir y condicionar la actuación de la CNC. De acuerdo con este planteamiento, la resolución del TDC de 11 de noviembre de 2004 (*Telepizza*)<sup>22</sup> señaló que «el Servicio no tiene la obligación de realizar todas las indagaciones y buscar todas las pruebas que pida el denunciante».

En similares términos, la citada resolución de 19 de abril de 1999 (*Ayuntamiento de Chiclana*) el Tribunal de Defensa de la Competencia, el TDC señaló lo siguiente: «la Ley concede al denunciante la facultad de que su denuncia sea examinada e investigada por el órgano competente, pero sin atribuirle un derecho a la satisfacción de sus pretensiones ni una posibilidad de respuesta y contradicción procedimental, que solamente se acordará cuando el órgano investigador lo considere necesario para los fines de sus indagaciones».

El Tribunal Supremo en la citada sentencia de 24 de enero de 2007, relativa a una denuncia presentada contra una empresa auditora, señaló: «El interés del accionista [...] de que las labores auditoras se hagan correctamente [...] legitima su pretensión de que, previa denuncia, se incoe un procedimiento administrativo de control técnico. Pero dicho interés no justifica el que pueda exigir a la Administración que imponga al auditor una determinada sanción u otra en el seno del expediente sancionador even-

<sup>21</sup> 2004/C 101/05.

<sup>22</sup> Expte. R 621/04, *Telepizza*.

tualmente derivado del procedimiento de control, ni recurrir las decisiones de aquélla sobre la intensidad de la respuesta sancionadora».

En los casos en que se ha presentado una denuncia, la CNC está obligada a pronunciarse sobre la misma, bien para incoar un expediente sancionador con base en la información suministrada por el denunciante, bien para acordar el archivo de las actuaciones.

En los casos en que el Consejo de la CNC acuerde el archivo de las actuaciones, la decisión podrá ser recurrida mediante la interposición de un recurso contencioso-administrativo por aquellas personas que ostenten un interés legítimo, que como veremos más adelante, no tienen por qué coincidir necesariamente con el denunciante.

a) *Base jurídica para el archivo de las denuncias en materia de conductas anticompetitivas*

De acuerdo con la LDC existen dos preceptos legales en los que la CNC puede fundar una decisión de archivo: ausencia de indicios de infracción (art. 49) y el hecho de que la conducta sea de menor importancia (art. 5).

De acuerdo con el art. 49 LDC el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá acordar no incoar los procedimientos derivados de la presunta realización de las conductas prohibidas por los arts. 1, 2 y 3 de esta Ley y el archivo de las actuaciones cuando considere que no hay indicios de infracción de la Ley.

Mayor interés a efectos de este trabajo presenta la segunda posibilidad para el archivo de las denuncias, que habilita al Consejo a dictar un acuerdo de archivo en los casos en que considere que la conducta a que hace referencia la denuncia es de menor importancia, de acuerdo con lo previsto en el art. 5 LDC, tal y como ha sido desarrollado por el Reglamento de ejecución de la LDC.

De acuerdo con el art. 5 de la Ley 15/2007: «las prohibiciones recogidas en los arts. 1 a 3 de la presente Ley no se aplicarán a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera significativa a la competencia. Reglamentariamente se determinarán los criterios para la delimitación de las conductas de menor importancia, atendiendo, entre otros, a la cuota de mercado». Por su parte, el art. 3 del Reglamento de Ejecución de la LDC, bajo el título «otras conductas de menor importancia» dispone que «sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores y a efectos de lo establecido en los arts. 5 y 53.1.b) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá declarar no aplicables los arts. 1 a 3 de la citada Ley a las conductas que, atendiendo a su contexto jurídico y económico, no sean aptas para afectar de manera significativa a la competencia».



El análisis de las conductas *de minimis* no es objeto del presente trabajo y esta circunstancia nos impide ahondar en la relación existente entre la nueva configuración de conductas *de minimis* y el mayor margen de discrecionalidad por parte de la CNC a la hora de focalizar sus actuaciones sobre aquellas cuestiones con mayor impacto sobre el interés público. La imposibilidad de abordar esta cuestión nos obliga a remitirnos a las fuentes bibliográficas<sup>23</sup> sobre la materia. Así, algún autor ha señalado que: «la propia regla de *de minimis* [...], que deja un amplísimo margen de actuación al CCNC para perseguir o no determinadas conductas es un ejemplo de que inevitablemente las apreciaciones de oportunidad juegan en el Derecho de la competencia»<sup>24</sup>. En esta misma línea, otros autores han apuntado que: «la nueva delimitación de las conductas prohibidas en la que se excluyen aquellas que por su escasa dimensión (no necesariamente cuantitativa) no sean capaces de afectar significativamente a la competencia, abre un nuevo panorama para la acción investigadora»<sup>25</sup>.

#### b) Posibilidad de recurso: el requisito del interés legítimo

Para que un particular pueda hacer efectiva su pretensión de que la CNC examine su denuncia, es preciso que tenga la posibilidad de exigirlo ante la justicia.

Tanto si el acuerdo de archivo se basa en el art. 49 (falta de indicios racionales) como si se basa en el art. 5 (conductas de menor importancia), el acuerdo de archivo podrá ser recurrido en vía contencioso-administrativa mediante la presentación de un recurso ante la Audiencia Nacional<sup>26</sup>. Ahora bien, el denunciante sólo podrá presentar ese recurso cuando ostente un interés legítimo, es decir, cuando reúna la doble condición de denunciante e interesado.

El concepto de interesado a efectos de interponer el recurso contencioso-administrativo es el mismo que a efectos de personarse en el procedimiento. Así lo ha expresado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para quien: «el concepto de legitimación y su atribución a un sujeto determinado responden a una misma idea en la vía administrativa y en la contencioso-administrativa: la titularidad por parte del legitimado de un derecho o de

<sup>23</sup> Sobre esta cuestión, véase Roberto VALLINA, «¿De *de minimis* lex non curat o de *de minimis praetor non curat?*», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, marzo-abril 2008, 47; Alfonso GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, «El nacimiento del principio *de minimis* en el Derecho español sobre la libre competencia», *La Ley*, D-26; F. PALAU, «Comentario al art. 5», en J. MASSAGUER *et al.* (coord.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007*, Madrid, Civitas, 2008, p. 259.

<sup>24</sup> José María BAÑO, «Comentario al art. 52», en J. MASSAGUER *et al.* (coord.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007*, Madrid, Civitas, 2008, p. 620.

<sup>25</sup> BERENGUER y PASCUAL, *loc. cit.*

<sup>26</sup> El art. 48.1 LDC: Contra las resoluciones y actos del Presidente y del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia no cabe ningún recurso en vía administrativa y sólo podrá interponerse recurso contencioso-administrativo en los términos previstos en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

un interés legítimo en que prospere su pretensión, como se desprende fundamentalmente del art. 24.1 de la Constitución y se recoge en el art. 31 de la Ley 30/1992, de 26 noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común»<sup>27</sup>.

El hecho de que el concepto de interés legítimo responda a una misma idea en la vía administrativa que en vía contencioso-administrativa no implica, en modo alguno, que por el hecho de que un particular haya ostentado la condición de interesado en un procedimiento administrativo sancionador, vaya a mantener tal condición a efectos, por ejemplo, de interponer un recurso contra dicho acto. Todo lo contrario, dado el carácter *ad causam* de la legitimación al que nos referiremos más adelante, el interés legítimo deberá ser acreditado en cada uno de los sucesivos procedimientos, aunque tengan por objeto una idéntica causa.

Para que un particular pueda ser considerado interesado, es preciso que concurra en él el requisito subjetivo previsto en el art. 31.1 de la LRJPAC, a cuyo tenor: se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
- b) Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.
- c) Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Dado que, en materia de conductas anticompetitivas, el procedimiento sólo puede iniciarse de oficio, entendemos que sólo son aplicables las letras b) y c) de este artículo. Así, para que a un particular se le pueda reconocer la condición de interesado, es preciso que ostente bien un derecho, bien un interés legítimo que pueda resultar afectado por la resolución que eventualmente pueda recaer.

#### 4. EL DENUNCIANTE COMO INTERESADO EN LOS PROCEDIMIENTOS DE PERSECUCIÓN DE CONDUCTAS PROHIBIDAS

##### A. CARÁCTER PÚBLICO DE LAS DENUNCIAS

A diferencia de lo previsto en el ámbito comunitario<sup>28</sup>, donde al denunciante se le exige que acredite un interés legítimo, nuestra LDC atribuye

<sup>27</sup> STS de 12 septiembre 1997, RJ 1997/6929, FD 3.º

<sup>28</sup> En el Derecho *antitrust* comunitario, las denuncias están sujetas al cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 5 a 9 del Reglamento 1/2003: no pueden ser anónimas, han de ajustarse a un formulario y acreditar la existencia de un interés legítimo, cuyo incumplimiento bastará para desestimar la denuncia. Esta exigencia de acreditación de interés legítimo ha sido criticada por la doc-



a las denuncias carácter público, de manera que, según lo previsto en el art. 49.1: «cualquier persona física o jurídica, interesada o no, podrá formular denuncia».

El Tribunal Supremo, en la sentencia de 26 de junio de 2007, ha considerado que la opción del legislador de otorgar carácter público a la denuncia implica el reconocimiento de la existencia de un interés general de cierta relevancia. De acuerdo con el TS<sup>29</sup>:

«[...] el legislador ha considerado que el interés público en la protección de la libre competencia es de la suficiente entidad como para otorgar carácter público a la denuncia al objeto de que se pueda poner en marcha la actuación de los servicios de defensa de la competencia siempre que cualquier sujeto de derecho ponga en su conocimiento la existencia de indicios de una posible conducta infractora. Y esto es así porque los órganos de defensa de la competencia tienen una función de supervisión del mercado que el ordenamiento ha entendido que posee una importancia de primer orden».

#### B. LA CONDICIÓN DE DENUNCIANTE NO ATRIBUYE, POR SÍ SOLA, LA EXISTENCIA DE UN INTERÉS LEGÍTIMO

Las motivaciones que pueden llevar a un particular a denunciar la conducta anticompetitiva de otro particular ante la CNC pueden ser de muy diversa índole y no todas estas motivaciones tienen que corresponder necesariamente con la existencia de un derecho o interés legítimo en el sentido del art. 31 de la LRJPAC<sup>30</sup>.

En consecuencia, que un particular denuncie la existencia de una conducta anticompetitiva ante la CNC, no significa que haya de reconocérsele automáticamente la condición de interesado.

Es frecuente encontrar en la doctrina del Tribunal de Defensa de la Competencia referencias a la doctrina del TS que establece que la condición de denunciante es distinta de la de interesado. Así, en la resolución de 6 de noviembre de 1997 (Notarios)<sup>31</sup> el TDC negó en vía de recurso la condición de interesado a un particular que había presentado una denuncia ante el Servicio de Defensa de la Competencia por supuestas prácticas restrictivas de la competencia. En el Fundamento de Derecho 21, el TDC señaló: «la condición de denunciante es sustancialmente distinta de la de parte interesada, por cuanto que el denunciante, aunque tenga reconocida cierta inter-

trina. Véase L. CASES PALLARES, *Derecho Administrativo de la Competencia*, Marcial Pons, 1995, para quien: «la fórmula del Derecho comunitario de exigir interés legítimo puede implicar desconocer que la competencia supera los límites de los intereses particulares [...] Por ello, la restricción al carácter público parece desafortunada», p. 117.

<sup>29</sup> Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3.ª, RJ 2007/6754, FD 4.º

<sup>30</sup> Sobre esta cuestión, *vid.*, M. REBOLLO PUIG, «Interesados y denunciante en el procedimiento administrativo sancionador», en J. BARNES VÁZQUEZ (coord.), *El Procedimiento Administrativo en el Derecho Comparado*, Civitas, 1993.

<sup>31</sup> Expte. R 256/97, FD 2.º

vención en el procedimiento que su denuncia provoque, no por ello se constituye en parte».

Asimismo, el Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre esta cuestión en la sentencia de 26 de junio de 2007, cuyo Fundamento de Derecho Cuarto, señala lo siguiente:

«No siempre la condición de denunciante o el carácter de interesado en el procedimiento administrativo son suficientes para acreditar la legitimación posterior en un hipotético recurso Contencioso-Administrativo. Así, por lo general el interés requerido para denunciar [...] tiene una mayor laxitud que el necesario para recurrir la decisión administrativa generada por la denuncia. En este sentido, el ordenamiento jurídico admite con frecuencia la posibilidad de formalizar denuncias [...] requiriendo para ello poco más que un interés sumamente amplio en que se investiguen y corrijan posibles actuaciones irregulares o prescindiendo incluso de tal interés. En concreto, en Derecho de la competencia la denuncia de las conductas prohibidas por la Ley es pública».

### C. APRECIACIÓN DEL INTERÉS LEGÍTIMO EN MATERIA DE CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS

#### a) *Determinación ad causam*

De acuerdo con la jurisprudencia, el interés legítimo constituye un concepto jurídico indeterminado, cuya apreciación debe verificarse caso por caso. Así lo ha establecido, por ejemplo, la sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2001<sup>32</sup> para quien «la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística» o la de 5 de noviembre de 1999<sup>33</sup>, que señaló que «la respuesta a la cuestión de la legitimación activa del recurrente debe ser casuística, de modo que no resulte aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos».

Esta determinación *ad causam* implica también que es preciso acreditar el interés real de los recurrentes en el proceso de que se trate. Así, por el hecho de que un denunciante ostente la condición de interesado en un procedimiento sancionador, no implica que automáticamente vaya a reconocérsele idéntica condición en el eventual recurso contra la decisión de que se trate.

La citada sentencia de la Sala Tercera del Supremo de 26 junio de 2007 aborda el tema de la legitimación *ad causam* en los siguientes términos:

«[...] este carácter público de la denuncia en materia de defensa de la competencia no puede predicarse de la acción para interponer un proceso Contencioso-Administrativo —ni siquiera, en puridad, para ser parte intere-

<sup>32</sup> RJ 2001/10142.

<sup>33</sup> RJ 2000/627, R 9537/1995.



sada en el procedimiento administrativo— [...]. En consecuencia, obtenida una resolución del órgano administrativo competente, que sea fundada y verse sobre el fondo de los hechos denunciados, la impugnación Contencioso-Administrativa deberá acreditar la afectación de derechos e intereses legítimos».

b) *Evolución del concepto: progresiva ampliación del concepto de interesado*

En el Derecho administrativo español, la condición de interesado ha sido objeto de una progresiva ampliación en nuestro Derecho administrativo como resultado del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 de la Constitución. Esta ampliación ha tenido su reflejo en la redacción legal que ha pasado de exigir un interés directo bajo la antigua Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 a un interés legítimo de acuerdo con la actual redacción de la Ley 30/1992.

El carácter restringido del concepto de interesado vigente bajo la antigua Ley de 1958 había servido de base para numerosos pronunciamientos jurisprudenciales en los que se abordaba la cuestión del denunciante-interesado con un enfoque ciertamente estricto. Así, por ejemplo, la STS de 20 marzo de 1992 declaró que «las posibilidades de actuación del particular se agotan en la denuncia de la infracción cometida» y la de 9 de febrero de 1993 había establecido que el denunciante «carece de la facultad de participar en los expedientes disciplinarios seguidos contra otro ciudadano en cualquier ámbito administrativo en calidad de interesado en el procedimiento»<sup>34</sup>.

La ampliación del concepto de interesado en la Ley 30/1992 ha sido tenida en cuenta tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como por decisiones del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que han señalado que el interés legítimo es un concepto «mucho más amplio que el del interés personal y directo»<sup>35</sup>.

Asimismo, el Tribunal de Defensa de la Competencia ha tenido en cuenta esta ampliación del concepto de interesado que se refleja, por ejemplo, en la resolución de 6 de noviembre de 1997 (Expte. R 256/97, Notarios), en la que señaló lo siguiente:

<sup>34</sup> Vid. José Francisco LÓPEZ GARCÍA, «La posición del denunciante en los procedimientos sancionadores y recursos contenciosos administrativos», *Noticias Jurídicas*, junio 2002.

<sup>35</sup> Sentencias del Tribunal Constitucional 60/1982 [RTC 1982/60], 160/1985 [RTC 1985/160], 257/1988 [RTC 1988/257], 93/1990 [RTC 1990/93] y 195/1992 [RTC 1992/195] y del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1997 [RJ 1997/1781], 15 de septiembre de 1997 [RJ 1997/6934] y de 9 de junio de 2000 [RJ 2000/4405]. En esta última sentencia, el TS señaló: «no es necesario precisar ahora cuál ha sido la evolución que en el proceso Contencioso-Administrativo ha experimentado el concepto y las características o notas definidoras del título legitimador, como fases más significativas, desde la titularidad de un derecho a la de un interés, y desde el interés directo al interés legítimo; ni es necesario tampoco precisar las líneas que orientan el fenómeno, cierto sin duda, de la ampliación progresiva de la legitimación para recurrir en aquel proceso».

«En el campo del Derecho administrativo español, el concepto de interesado ha sido objeto de una ampliación que va sin duda pareja al proceso de participación de los particulares en los asuntos públicos, proceso que se exterioriza también en supuestos tales como los relativos a la admisión de la acción popular en los procedimientos penales [...] una de las manifestaciones de este proceso se pone de manifiesto si se compara el contenido del artículo 23 de la derogada Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 con el equivalente art. 31 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1992, ya que en este último texto legal las referencias a que el interés haya de ser directo han desaparecido, y de ello se deduce que, aun cuando el interés sea indirecto o más tenue, debe reconocerse la condición de interesado».

En similares términos, la resolución del TDC de 20 de mayo de 1998 (Expte. R 286/98 *Tabacalera* consideró que «en la normativa administrativa española el concepto de interesado ha ido ampliándose, [...] y de ello se deduce que, aun cuando el interés sea indirecto o más tenue, debe reconocerse la condición de interesado. Ahora bien, aun cuando tal sea así, de ello no se deduce que deba concederse al recurrente la condición de interesado en el expediente en el que lo solicita porque no aparece su interés ni directo ni indirecto».

Ahora bien, el hecho de que el concepto de interesado haya sido objeto de ampliación a la que hemos hecho referencia, no implica que no deba condicionarse la legitimación a la existencia de un interés real. Así lo ha constatado el Tribunal Supremo en su sentencia de 23 junio 1997<sup>36</sup>, que ha entendido que: «la amplitud con la que la jurisprudencia viene interpretando el art. 28.1.a) de nuestra Ley Jurisdiccional, por exigencias del art. 24.1 CE, y la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo, no llega hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la existencia de un interés real».

### c) *Carácter real y sustantivo del interés legítimo*

La determinación *ad causam* del interés legítimo excluye de antemano cualquier tentativa de elaborar una definición general. Sin embargo, sí podemos tratar de encontrar en la jurisprudencia aquellos elementos que han servido para apreciar —y, con ello, construir— el concepto de interés legítimo.

ALMAGRO NOSETE, al referirse al concepto de parte en el proceso civil señala que la legitimación en el proceso civil se reduce, «a un problema de consistencia jurídica, por decirlo de una manera plástica, de adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende»<sup>37</sup>. Esta definición que se refiere a la legitimación en el proceso civil, entende-

<sup>36</sup> RJ 1997/5268.

<sup>37</sup> J. ALMAGRO NOSETE *et. al.*, *Derecho Procesal*, Valencia, 1990, p. 286.



mos que puede ser útil a la hora de abordar la cuestión del interés legítimo del denunciante en el procedimiento sancionador.

A pesar de que el procedimiento administrativo sancionador tiene como objetivo la defensa del interés general, y ello es aplicable a los procedimientos en materia de conductas anticompetitivas, no debe excluirse la posibilidad de que existan en tales procedimientos interesados distintos del imputado que puedan verse afectados en su esfera jurídica, personal o patrimonial por la resolución que, en su momento, pueda recaer.

Para la jurisprudencia, el interés legítimo en el procedimiento administrativo sancionador hace referencia a una situación objetiva que, al concurrir en un sujeto determinado, sitúa a éste en una posición distinta a la del común de los ciudadanos, legitimándole para instar la actuación de los poderes públicos de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando, con motivo de la persecución de fines de interés general, *inciden en el ámbito del interés propio* (STS de 1 de julio de 1985)<sup>38</sup>.

En la jurisprudencia pueden encontrarse numerosas muestras de este enfoque. El TS ha considerado que el interés legítimo consiste en una «relación entre el sujeto y el objeto de la pretensión», que implica que «el que la anulación del acto que se recurre [...] produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro para el legitimado, pero cierto»<sup>39</sup>. En otras sentencias, el TS ha señalado que «el interés legítimo equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta»<sup>40</sup>.

Es decir, para que pueda apreciarse la existencia de interés legítimo es preciso que el éxito de la acción represente para el recurrente un beneficio material o jurídico o, por el contrario, que el mantenimiento de la situación creada o que pudiera crear el acto combatido le origine un perjuicio, incluso aunque tales beneficio o perjuicio se produzcan por vía indirecta o refleja<sup>41</sup>.

Por tanto, a efectos de evaluar la existencia de interés legítimo en los procedimientos sancionadores en materia de conductas anticompetitivas es preciso realizar un análisis en dos fases. La primera fase tendrá por objeto analizar cada uno de los contenidos posibles de la resolución que pueda recaer en el asunto en cuestión. En la segunda fase, ha de analizarse si al menos alguno de esos contenidos posibles es capaz de afectar a la esfera del particular cuya legitimación se pretende.

La ausencia de un interés legítimo convierte al actor en «un defensor abstracto de la legalidad» que, como tal, carece de legitimación<sup>42</sup>.

<sup>38</sup> RJ 1985/3598.

<sup>39</sup> STS de 12 de septiembre de 1997.

<sup>40</sup> SSTC 60/1982 [RTC 1982/60], 62/1983 [RTC 1983/62], 257/1988 [RTC 1988/257] y 97/1991 [RTC 1991/97].

<sup>41</sup> Sentencia de 14 de julio de 1988, RJ 1988/5627, entre otras.

<sup>42</sup> STS, 3.ª de 11 de abril de 2006, RC 3.543/2003.

Esta cuestión ha sido abordada por el Tribunal de Defensa de la Competencia en la citada Resolución de 6 de noviembre de 1999 (Notarios) en la que el Tribunal negó la condición de interesado a un particular que había denunciado ciertos convenios entre notarios en los que establecían mecanismos para compensación de las percepciones relativas a los instrumentos autorizados por las entidades de crédito. El TDC consideró «si el cliente no se ve afectado ni por una unificación del precio que ha de pagar (que en todo caso viene impuesta con cobertura legal suficiente) ni tampoco se le limita el derecho a elegir el Notario de su preferencia, hay que concluir que el destino que haya de dársele a los honorarios que paga queda fuera del ámbito del interés del denunciante, aun cuando ese interés sea concebido de forma muy amplia».

Para el TDC «deducir [...] que cualquier posible perjudicado por inconcretas y futuras actuaciones pueda tener la condición de interesado en un expediente en el que se han de analizar los posibles efectos anticompetitivos de unos convenios que pudieran dar lugar a tales actuaciones, resulta cuando menos desproporcionado».

#### d) *Casos particulares*

- i) El interés legítimo no puede fundarse en la expectativa de que un tercero sea sancionado

En el apartado anterior señalábamos que el TS a la hora de apreciar la existencia de legitimación a un interesado exige que éste ostente un interés real. El abanico de situaciones en las que puede apreciarse la existencia de este interés real es ciertamente amplio tanto, que el TS ha llegado a apreciar la existencia de legitimación con base en intereses morales, como los de vecindad.

Ahora bien, existen situaciones en las que la jurisprudencia ha señalado que determinados intereses particulares no constituyen un interés legítimo a la hora de obtener la condición de interesado. Tal es el caso, por ejemplo, de la expectativa moral que puede tener un particular de que se imponga una sanción a un tercero. El Tribunal Supremo, acertadamente a nuestro juicio, ha señalado que dicha expectativa moral no constituye una causa válida en la que fundar un interés legítimo. Varias sentencias avalan esta tesis.

En la citada sentencia del Tribunal Supremo de 26 junio de 2007 el TS inadmitió un recurso en el que los recurrentes, a los que el Tribunal de Defensa de la Competencia había concedido la condición de interesados, pretendían que la Audiencia Nacional ordenara al TDC la imposición de una multa a dos empresas responsables de un acuerdo restrictivo de la competencia en un caso en el que TDC había decidido no imponer multa alguna, sino tan sólo declarar que las empresas había cometido una infracción.



La Audiencia Nacional había estimado el recurso, pero esta sentencia fue recurrida (además de por las empresas en cuestión) por la Abogacía del Estado que solicitó ante el TS la anulación de la sentencia de la Audiencia Nacional, entre otros motivos, por falta de legitimación de los recurrentes.

El TS señaló que, en materia sancionadora la ventaja para el particular en que fundar la existencia de un interés legítimo «ha de suponer algo más que la mera declaración de una infracción o imposición de una sanción, que por sí mismas no implican ventaja alguna en beneficio del recurrente».

Ya antes de esta sentencia, el Tribunal Supremo, en materias distintas a la defensa de la competencia, había reconocido que la expectativa de que a un tercero se imponga una sanción no otorga, por sí sola, la condición de interesado. Así, en la citada STS de 12 de septiembre de 1997, relativa a una queja que un particular había presentado contra un juez por una infracción disciplinaria, el Tribunal Supremo negó la condición de legitimado al denunciante, al considerar: «no se aprecia que la revocación en vía administrativa de la Resolución de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 15 septiembre 1994, ordenando archivar un escrito de denuncia, pueda determinar un beneficio o evitar un perjuicio al denunciante [...] cuya situación [...] no se vería alterada por la apertura, acuerdo de sanción o archivo de un expediente disciplinario [...]».

Otro precedente de esta doctrina lo encontramos en la citada sentencia de 24 de enero de 2007, relativa a una infracción cometida por una entidad bancaria. El particular afectado por la infracción presentó una queja ante el Banco de España, queja que provocó una reparación por parte de la entidad bancaria afectada. Esta reparación satisfizo económicamente al particular, pero no moralmente, y por ello instó la apertura de un procedimiento de infracción solicitando que la entidad bancaria fuese multada. El TS consideró que «no existe legitimación para pretender en abstracto la imposición de una sanción y, por tanto, para incoar un expediente sancionador», y que «una vez satisfechos los concretos intereses del reclamante y sin que éste niegue tal circunstancia o alegue que tal satisfacción hubiera sido incompleta o insuficiente, su ulterior solicitud de que se sancione a la entidad bancaria resulta ya ajena a los derechos e intereses del denunciante».

## ii) Apreciación del interés legítimo de cara al posterior ejercicio de una reclamación de daños y perjuicios

En los procedimientos en materia de conductas anticompetitivas, el denunciante puede tratar de fundar la existencia de interés legítimo en su interés en interponer, con posterioridad a la declaración de infracción por parte de la CNC, una reclamación de daños y perjuicios frente al responsable de la conducta anticompetitiva.

La jurisprudencia ha considerado que la exigencia de un pronunciamiento administrativo como requisito previo para la interposición de una

acción para el resarcimiento de daños y perjuicios constituye una causa de interés legítimo, a condición de que la posibilidad de interponer una demanda por daños y perjuicios sea una posibilidad real. Así, la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en el Auto de 28 de mayo de 2007 ha considerado que «no es posible fundar un proceso Contencioso-Administrativo en la mera posibilidad hipotética de una reclamación de daños no especificados».

Esta cuestión ha sido también abordada por el Tribunal Supremo, en la citada sentencia de 12 de septiembre de 1997 en la que el TS consideró que un particular carecía de interés legítimo para ser parte en un procedimiento sancionador iniciado contra un juez por una infracción disciplinaria. El TS consideró que la privación de la condición de interesado en el procedimiento no situaba al recurrente en una situación de indefensión, ya que el ordenamiento jurídico podía proporcionar al denunciante medios más idóneos para la tutela de sus intereses legítimos.

En palabras del propio Tribunal Supremo:

«La exigencia de responsabilidad disciplinaria a un juez o magistrado es totalmente independiente de la posibilidad de intentar contra él una demanda de responsabilidad civil o de exigir al Estado una responsabilidad patrimonial por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, como lo demuestra el que estas acciones puedan plantearse sin necesidad de previo expediente disciplinario o aunque éste haya concluido sin establecer una responsabilidad de tal clase».

Asimismo, en la citada sentencia de 26 junio 2007, el Tribunal Supremo consideró que un recurrente carecía de interés legítimo para exigir la imposición de una multa en base a una conducta anticompetitiva, cuya existencia ya había sido acreditada por el Tribunal de Defensa de la Competencia. A juicio del Tribunal Supremo: «la sanción no añade ni resta fuerza jurídica a dicha hipotética reclamación de daños y perjuicios cuyo fundamento sería, en todo caso, la existencia de una conducta contraria a derecho —que había sido ya declarada— y no la circunstancia de que mereciese o no una determinada sanción en función de las circunstancias concretas. En definitiva, los daños y perjuicios existirían o no con independencia de la sanción, y para reclamarlos, bastaba la declaración de una actuación ilegal».

Si bien de acuerdo con la jurisprudencia, el interés del denunciante en obtener una declaración de infracción para fundar en la misma una posterior reclamación de daños y perjuicios es, por sí misma, razón suficiente para fundamentar la existencia de un interés legítimo, entendemos que estas razones no pueden aplicarse en el supuesto de las conductas anticompetitivas. Ello es así porque, de acuerdo con la LDC, las acciones civiles por infracción del Derecho de la competencia pueden plantearse directamente ante los juzgados de lo Mercantil, ya que ninguna ley exige, como requisito procesal previo para el ejercicio de tales acciones, la previa declaración de infracción por parte de la CNC. Por ello, entendemos que esta causa de legitimación no puede ser invocada por un denunciante en un procedimiento en materia de conductas anticompetitivas.



## 5. TRATAMIENTO DE LA CUESTIÓN EN EL MODELO COMUNITARIO

La situación descrita en el Derecho español es sustancialmente distinta a la situación en el ámbito comunitario fundamentalmente por dos razones. La primera diferencia reside en la necesidad de interés legítimo para presentar una denuncia; la segunda, en que, como apuntábamos al inicio de este trabajo, la jurisprudencia iniciada en el ya citado caso *Automec*, la Comisión está autorizada a atribuir diferentes grados de prioridad a las denuncias que se le presenten.

Así las cosas, es evidente que la Comisión Europea reconoce el valor de la información suministrada por las empresas o los consumidores pero, al mismo tiempo, no desea ver comprometidos sus recursos en la resolución de conflictos privados. Esta tensión queda patente en la comunicación sobre denuncias en la que la Comisión, por una parte «anima» a los particulares a poner en conocimiento infracciones a la competencia y, por otra, recuerda que la Comisión no está obligada a investigar todas y cada una de las denuncias que se le presenten.

Este contexto es fundamental para comprender la existencia de dos clases de denuncias: «formales» e «informales». Las primeras están sujetas al cumplimiento de los requisitos establecidos en los arts. 5 a 9 del Reglamento 1/2003, no pueden ser anónimas, han de ajustarse a un formulario y acreditar la existencia de un interés legítimo, cuyo incumplimiento bastará para desestimar la denuncia. Por su parte, las denuncias informales pueden presentarse a través de Internet y no están sujetas a formalidad alguna. No obstante, en esta sección nos centraremos en las denuncias en sentido estricto.

### A. SOBRE LA EXIGENCIA DE INTERÉS LEGÍTIMO

Uno de los aspectos más llamativos de la regulación comunitaria en la materia es la exigencia de interés legítimo como requisito para la presentación de una denuncia. A diferencia del sistema español, donde, como ya hemos apuntado, la legislación otorga carácter público a las denuncias, en el sistema comunitario es preciso que el denunciante acredite la existencia de un interés legítimo.

De acuerdo con la comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los arts. 81 y 82 del Tratado CE<sup>43</sup> apartado 40, «los denunciantes deben acreditar su interés legítimo. Si una persona física o jurídica que presenta una denuncia no logra acreditar un interés legítimo, la Comisión, sin perjuicio de su derecho a incoar el procedimiento a iniciativa propia, está facultada para no tramitar

<sup>43</sup> 2004/C101/05.

la denuncia. La Comisión puede verificar el cumplimiento de esta condición en cualquier fase de la investigación».

Como no podía ser de otra manera, una vez traspasada la barrera del interés legítimo, el papel de los denunciantes en el procedimiento es ciertamente activo. A tenor de lo previsto en el Reglamento 773/2004 (art. 6), si la Comisión decide iniciar un procedimiento de infracción por un asunto relativo al cual haya recibido una denuncia, facilitará al denunciante una copia de la versión no confidencial del pliego de cargos y fijará un plazo para que el denunciante formule sus observaciones por escrito. La comunicación sobre denuncias dedica el apartado c) a clarificar cuáles son los derechos procesales del denunciante. En líneas generales, el denunciante tiene derecho a que se le envíe una copia del pliego de cargos, a formular observaciones, a presentar documentos y a conocer las razones por las que la Comisión, en su caso, ha rechazado su denuncia.

#### B. OBLIGACIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA CUANDO RECIBE UNA DENUNCIA

En el procedimiento comunitario de persecución de conductas anti-competitivas, presentada una denuncia, la Comisión está obligada únicamente a «examinar detalladamente los elementos de hecho y de derecho sobre los que haya llamado su atención el denunciante para apreciar el interés comunitario de profundizar en la investigación de un asunto». Puede requerir al denunciante la aportación de documentación complementaria con el fin de tener una visión más completa de los hechos y fundamentos alegados por el denunciante.

La Comisión también puede desestimar la denuncia y para el ejercicio de esta facultad no existen motivos tasados: la Comisión puede fundamentar su negativa simplemente en la necesidad de otorgar prioridad a determinados asuntos, como también puede fundar su rechazo en la posibilidad para los denunciantes de obtener satisfacción de su pretensión ante los órganos judiciales<sup>44</sup>.

Si la Comisión decide desestimar una denuncia, ha de adoptar una decisión formal en la que exponga los motivos concretos en los que basa su decisión a fin de que el denunciante cuya pretensión ha sido desestimada pueda formular un recurso contra ella. La posibilidad de formular recurso contra los actos desestimatorios de las denuncias es resultado de la jurisprudencia del TPICE en la sentencia de 9 de enero de 1996 (Asunto T-575/93, *Casper Koelman/Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1996). En el apartado 41 de esta sentencia, el TPICE señaló expresa-

<sup>44</sup> Asunto T-24/90, *Automec/Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1992, p. II-2223, apartado 88 y ss.; asunto T-5/93, *Roger Tremblay y otros/Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1996, p. II-185, apartado 65 y ss.; asunto T-575/93, *Casper Koelman/Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1996, p. II-1, apartados 75-80.



mente lo siguiente: «las apreciaciones de la Comisión constituyen elementos de hecho que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden tener en cuenta al examinar la conformidad de los acuerdos o comportamientos de que se trate con las disposiciones [...]».

La jurisprudencia iniciada en el caso *Automec* ha sido objeto de un amplio desarrollo posterior que ha contribuido a perfilar el concepto de interés comunitario como motivo para el archivo de una denuncia y a fijar el marco jurídico en que puede actuar la Comisión en esta materia<sup>45</sup>. De acuerdo con esta jurisprudencia, la Comisión está autorizada a atribuir diferentes grados de prioridad a las denuncias que se le presenten. Esta libertad deriva de la circunstancia de que la Comisión no sólo es la entidad encargada de aplicar el derecho de la competencia, sino también es responsable de definir la política comunitaria de competencia. Esta responsabilidad está atribuida directamente tanto por los tratados constitutivos como por la jurisprudencia comunitaria. Y es precisamente esta responsabilidad lo que justifica que a la Comisión se le conceda un cierto grado de autonomía, que le permita concentrar sus limitados recursos en los asuntos prioritarios.

<sup>45</sup> Asunto C-344/98, *Masterfoods/HB Ice Cream*, Rec. 2000, p. I-11369, apartado 46; asunto C-119/97 P, *Union française de l'express (Ufex) y otros/Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1999, p. I-1341, apartado 88; asunto T-24/90.

## ESCRIBIR DERECHO CON RENGLONES TORCIDOS: POLÍTICA DE COMPETENCIA Y SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL EN EL TRATADO DE LISBOA

José Luis BUENDÍA SIERRA  
Abogado, Garrigues\*

El 13 de diciembre de 2007 los representantes de los veintisiete Estados miembros firmaron en Lisboa el Tratado por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (TCE), cuya entrada en vigor estaba inicialmente prevista para el 1 de enero de 2009.

En el momento de redactarse este artículo, el resultado negativo del referéndum de ratificación celebrado en Irlanda ha sembrado una notable incertidumbre acerca del futuro del Tratado de Lisboa. No obstante, a día de hoy el proceso de ratificación en otros Estados miembros sigue su curso. Aunque la fecha de entrada en vigor inicialmente prevista difícilmente podrá cumplirse, no cabe descartar que el Tratado entre en vigor en un momento ulterior. Creo por ello útil analizar el contenido de dicho texto, aunque su futuro esté en estos momentos sin decidir.

El Tratado de Lisboa viene a suplir al Proyecto de Tratado Constitucional tras el varapalo de los referéndums en Francia y los Países Bajos, y tiene por objeto sentar las bases para un mejor funcionamiento de una Unión Europea ampliada. Para ello, el Tratado esencialmente modifica la estructura institucional de la Unión, que sucede a la Comunidad como único ente dotado de personalidad jurídica. El Tratado de Lisboa contempla asimismo modificaciones sustanciales en determinadas áreas y políticas comunitarias, entre ellas, y a primera vista, de modo significativo, en lo relativo la política de competencia y la regulación de los Servicios de Interés Económico General (en adelante SIEG).

No debe olvidarse que las normas de competencia, a diferencia de otras disposiciones del Tratado, han permanecido prácticamente inmutables des-

---

\* Socio, GARRIGUES, Bruselas. Con la colaboración de Alfonso LAMADRID DE PABLO. Las opiniones que aquí se contienen son exclusivamente personales.



de la firma de los Tratados constitutivos. Del mismo modo, los SIEG, pese a venir siendo un objeto de discusión recurrente en el marco de las últimas Conferencias Intergubernamentales, tampoco habían sufrido cambios significativos, sino más bien modificaciones de naturaleza eminentemente cosmética carentes de trascendencia jurídica.

En este contexto se nos plantea la cuestión de dilucidar si el Tratado de Lisboa es más de lo mismo o si, por el contrario, marcará un hito en el devenir del Derecho europeo en estas áreas. Para abordar este punto resulta necesario distinguir la apariencia de la sustancia, y prescindir de consideraciones de índole política o mediática susceptibles de interferir en el debate. El presente artículo tiene el propósito de arrojar luz, desde una perspectiva estrictamente jurídica, acerca del verdadero alcance de algunas de las reformas previstas por el Tratado de Lisboa.

## 1. LA POLÍTICA DE COMPETENCIA EN EL TRATADO DE LISBOA

Mucho se ha hablado en los últimos meses acerca de una pretendida degradación de la política de competencia motivada por intereses políticos, en concreto, por la voluntad de acallar los recelos que la libre competencia suscita en parte del electorado de ciertos Estados miembros.

En este sentido, hay quienes han interpretado que el resultado negativo del referéndum para la ratificación del Tratado Constitucional en Francia derivaría parcialmente de una actitud de desconfianza del electorado hacia un supuesto ultraliberalismo de origen anglosajón que estaría enfatizando en exceso la importancia de la libre competencia y que, se nos dice, constituiría una de las causas de la desprotección frente las amenazas que se ciernen sobre el modelo del Estado de bienestar<sup>1</sup>.

Así, en el Consejo Europeo de junio de 2007 se accedió, al parecer no sin cierta oposición, a la propuesta formulada por el Presidente francés, Nicolas Sarkozy, consistente en la eliminación del art. 3.1.g) TCE —que contiene una referencia a la competencia no falseada en el mercado común—<sup>2</sup> y la supresión de la mención al objetivo de una «competencia

<sup>1</sup> Jean-Pierre JOUYET, secretario de Estado encargado de asuntos europeos reconocía que la propuesta de eliminar la referencia a la competencia libre y no falseada como objetivo de la UE respondía a las inquietudes de los ciudadanos franceses manifestada en el referéndum, y afirmaba que el debate sobre la competencia había devenido el receptáculo de todas estas inquietudes. Colloque «La place du droit de la concurrence dans le futur ordre juridique communautaire, Colloque, Bruxelles, 8 novembre 2007», *Concurrences*, núm. 1-2008, p. 9. («Toutefois, nous devons réagir en France FACE aux inquietudes de l'opinion publique telles qu'elles se sont exprimées en 2005 [...] Chez nous, l'inquiétude résulte d'un amalgame entre concurrence, financiarisation, règne des intérêts financiers. Le débat sur la concurrence est le réceptacle de toutes ces inquietudes. C'est pour cette raison que nous avons souhaité, lors du conseil européen de juin, que la concurrence libre et non faussée ne figure pas dans les objectifs du traité mais soit un instrument de fonctionnement du marché intérieur»).

<sup>2</sup> Art. 3.1 TCE: «Para alcanzar los fines enunciados en el art. 2, la acción de la Comunidad implicará, en las condiciones y según el ritmo previstos en el presente Tratado [...] g) Un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior».

libre y no falseada» que se contemplaba en la redacción del proyecto de Tratado Constitucional. Para compensar los efectos de estas modificaciones, finalmente se acordó la inclusión en el Tratado de Lisboa de un nuevo Protocolo sobre el mercado interior y la competencia.

La supresión de la referencia a la «competencia libre y no falseada» fue una sorpresa de último minuto para muchos. En los días siguientes, los periódicos europeos abrían sus ediciones destacando la degradación de la política de competencia y haciéndose eco de la inquietud sembrada entre los especialistas y aquellos encargados de su aplicación<sup>3</sup>.

¿Demasiado ruido para muy pocas nueces? Veamos qué aportaciones concretas plantea el Tratado de Lisboa en comparación con sus predecesores.

Ante todo hay que comenzar por constatar que las disposiciones operativas del Tratado en materia de competencia (arts. 81, 82, 86, 87 y 88 TCE) han permanecido inalteradas a excepción de modificaciones menores y de su, una vez más, reenumeración. Los verdaderos cambios radican por tanto en la parte del Tratado relativa a los «principios», donde, según se ha dicho, la política de competencia habría perdido su condición de objetivo de la UE.

A este respecto, es obligado advertir, por una parte, que las Constituciones nacionales normalmente no otorgan en su parte dogmática un estatus específico a las normas de competencia, si bien no es menos cierto que el Tratado no es equiparable en muchos aspectos a una Constitución nacional. Por otra parte, en el plano europeo la integración del Mercado Interior constituye un objetivo primordial de la UE y la política de competencia es un elemento indispensable para el funcionamiento del mercado interior con el que se persigue, entre otros, asegurar que los operadores económicos no erijan barreras al comercio intracomunitario susceptibles de frustrar la supresión de las barreras estatales.

En respuesta a quienes aseguran que la política de competencia habría dejado de ser considerada un objetivo de la UE, es necesario enfatizar que, contrariamente a la creencia general, en el vigente TCE la política de competencia no figura entre los objetivos de la Comunidad, sino que el art. 3.1.g) TCE la conceptúa más bien como uno de los instrumentos para conseguir tales objetivos. Otro de los medios de los que se sirve la Comunidad para lograr sus objetivos es la adopción de una política económica basada en una «economía de mercado abierta y de libre competencia» contemplada en el art. 4 TCE.

Es cierto que el Proyecto de Tratado por el que se establecía una Constitución para Europa preveía cambios muy significativos a este respecto, convirtiendo la política de competencia en objetivo, al establecer en

<sup>3</sup> Ver, entre otros, *International Business Times*, 23 June 2007, «Sarkozy toasts competition snip in treaty»; *Financial Times*, 24 June 2007, «Kroes to hold tough line on competition».



su art. I-3.2 que «[l]a Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores y un mercado interior en el que la competencia sea libre y no esté falseada» y clasificando «el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior» como una competencia exclusiva de la Unión en su art. I-13.1.b). Pero éste era simplemente un proyecto.

En la redacción del Tratado de Lisboa [TUE + Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) + protocolos] la política de competencia aparentemente ha desaparecido de la declaración de objetivos de la Comunidad que se contendría en el art. 3 TUE. Sin embargo, el establecimiento del mercado interior sí está incluido entre dichos objetivos (art. 3.3 TUE)<sup>4</sup> y según lo dispuesto en el protocolo sobre mercado interior y competencia anejo al Tratado, «el mercado interior tal como se define en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea incluye un sistema que garantiza que no se falsea la competencia». Resulta esencial subrayar que, en virtud del art. 36 TUE (art. 51 TUE según la reenumeración prevista en el Tratado de Lisboa), los protocolos gozan del mismo valor jurídico que los Tratados propiamente dichos.

Por otro lado, de acuerdo con el nuevo art. 3.6 TUE «la Unión perseguirá sus objetivos por los medios apropiados, de acuerdo con las competencias que se le atribuyen en los Tratados», y en este sentido, según el art. 3.1.b) «el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior» se configura como una competencia exclusiva de la Unión.

Finalmente, la referencia a una política económica basada en el «principio de economía de mercado abierta y de libre competencia» permanece, si bien su ubicación varía, trasladándose desde el art. 4 TCE, dentro del capítulo dedicado a los «principios» al art. 119 TFUE que se enmarca en el capítulo de Política Económica.

En la medida en que el Proyecto de Tratado Constitucional nunca llegó a entrar en vigor, los Tratados actuales constituyen un término de comparación mucho más apropiado. En este sentido, como ya se ha apuntado, en los Tratados vigentes la política de competencia está conceptuada como un instrumento, no como un objetivo. Como hemos visto, con el Tratado de Lisboa la política de competencia indirectamente, por la puerta de atrás si se quiere, pasaría a ser un objetivo en virtud de su relación explícita u directa con el objetivo del mercado interior explicitado en el protocolo sobre mercado interior y competencia<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> «La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico [...]».

<sup>5</sup> En el mismo sentido, ver las opiniones de Michel WAELBROECK y Michel PETITE en la mesa redonda «Quel sera l'impact du nouveau traité sur le droit de la concurrence? Regards juridiques».

La principal razón de ser de este protocolo radica, al parecer, en la necesidad de recurrir al art. 308 TCE (art. 352 TFUE) como base legal para todo lo relativo al Reglamento de Control de Concentraciones<sup>6</sup>, habida cuenta de las dificultades que pueden lastrar su ejercicio<sup>7</sup>, pero, como hemos visto, su relevancia es mucho mayor.

Por otra parte, el reconocimiento solemne de que las disposiciones de competencia forman parte del mercado interior es enormemente importante y sale al encuentro de la tendencia, de inspiración norteamericana, de detraer la aplicación de las normas de competencia del objetivo de integración de los mercados y de circunscribir su razón de ser a meras consideraciones de eficiencia, con el consiguiente impacto que ello puede suponer, particularmente con relación a las restricciones verticales y los abusos de posición de dominio, una posible consecuencia a la que habrá de prestar atención en el futuro.

Adicionalmente, la arquitectura de los Tratados ha variado de tal modo que la consideración de una competencia como exclusiva deviene ahora particularmente importante en la medida en que sustrae a los actos realizados en ejecución de dichas competencias del ámbito del control que los Parlamentos nacionales pasan a ejercer sobre el respecto del principio de subsidiariedad<sup>8</sup>. En virtud del Tratado de Lisboa la adopción de las normas de competencia, en tanto que necesarias para el funcionamiento del mercado interior, se reconocen ahora como competencias exclusivas de la UE.

Todo ello se ve reforzado por el novedoso reconocimiento de la facultad de la Comisión para adoptar Reglamentos de Exención por Categorías tanto en materia *antitrust* [art. 105(3)<sup>9</sup> TFUE] como en aplicación de las normas de ayudas de Estado [art. 108(4)<sup>10</sup> TFUE].

---

cuyo contenido ha sido publicado en «La place du droit de la concurrence dans le futur ordre juridique communautaire. Colloque, Bruxelles, 8 novembre 2007», *Concurrences*, núm. 1-2008, p. 9.

<sup>6</sup> De hecho, la literalidad del precepto reza así: «Las Altas Partes Contratantes, considerando, que el mercado interior tal como se define en el art. 2 del Tratado de la Unión Europea incluye un sistema que garantiza que no se falsea la competencia, HAN CONVENIDO en lo siguiente: A estos efectos, la Unión tomará, en caso necesario, medidas en el marco de las disposiciones de los Tratados, incluido el art. 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. El presente protocolo se incorporará como anexo al Tratado de la Unión Europea y al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea».

<sup>7</sup> Declaración núm. 42, relativa al art. 308 del Tratado de Lisboa (352 del TFUE en la versión consolidada del texto): «La Conferencia subraya que, de conformidad con la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el art. 352 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que forma parte integrante de un ordenamiento institucional basado en el principio de las competencias de atribución, no puede servir de base para ampliar el ámbito de las competencias de la Unión más allá del marco general que establecen las disposiciones de los Tratados en su conjunto, en particular aquellas por las que se definen las funciones y acciones de la Unión. Este artículo no podrá en ningún caso servir de base para adoptar disposiciones que tengan por efecto, en esencia, por sus consecuencias, modificar los Tratados sin seguir el procedimiento que éstos fijan a tal efecto».

<sup>8</sup> Ver protocolo sobre la aplicación de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad.

<sup>9</sup> Art. 105 (3): «La Comisión podrá adoptar reglamentos relativos a las categorías de acuerdos sobre las que el Consejo haya adoptado un reglamento o una directiva con arreglo a la letra *b*) del apartado 2 del art. 103».

<sup>10</sup> Art. 108 (4): «La Comisión podrá adoptar reglamentos relativos a las categorías de ayudas públicas sobre las que el Consejo haya determinado, con arreglo al art. 109, que pueden quedar exentas del procedimiento establecido en el apartado 3 del presente artículo».



Finalmente, cabe señalar que según la tabla de correspondencias<sup>11</sup>, jurídicamente vinculante, el antiguo art. 3.1.g) no desaparece sino que se sustituye, en sustancia, por los arts. 3-6 TFUE, de tal manera que no se cierra la posibilidad de que los tribunales comunitarios recurran a una interpretación extensiva de esta disposición como ya se hizo en el pasado, por ejemplo, con relación a la jurisprudencia favorable a la aplicación de las normas de competencia a determinadas medidas estatales contrarias a la competencia, construida sobre la base de la aplicación conjunta de el art. 3.1.g) y los arts. 10 y 81 TCE<sup>12</sup>.

En suma, desde un punto de vista estrictamente jurídico, la política de competencia no se ha visto negativamente afectada por el Tratado de Lisboa, más bien todo lo contrario<sup>13</sup>.

## 2. SERVICIOS DE INTERÉS ECONÓMICO GENERAL

Llegados a este punto, parece interesante prestar atención a una materia distinta pero estrechamente relacionada, los Servicios de Interés Económico General, un área de fricción entre dos placas tectónicas que últimamente se había convertido en una materia clásica de discusión en el seno de las Conferencias Intergubernamentales de revisión de los Tratados, en las que la posición de ciertos Estados miembros al respecto ha constituido un buen ejemplo de perseverancia.

En efecto, algunos Estados manifestaron su preocupación por el supuesto desequilibrio que existiría entre los arts. 86.1 TCE, relativo al otorgamiento de derechos especiales o exclusivos, y la regulación de las ayudas de Estado contenida en el art. 87 TCE, un desequilibrio que supuestamente tendría por efecto la insuficiencia de la excepción contenida en el art. 86.2 en un contexto en el que la Comisión ejerce un papel central y actúa con notable independencia respecto de los Estados miembros. Por ello, estos Estados propugnaban reforzar la protección conferida a los prestadores de SIEG respecto de la aplicación de las normas de ayudas de Estado, una propuesta que nunca llegó a calar hondo en otros Estados miembros.

En un primer momento el Tratado de Amsterdam introdujo el art. 16 TCE, una manifestación de voluntades que no comportaba ningún cambio

<sup>11</sup> *DOUE* C 115/361 de 9 de mayo de 2008.

<sup>12</sup> Ver, *inter alia*, STJCE de 11 de noviembre de 1997, en los asuntos acumulados C-359/95P y C-379/95P *Comisión y Francia c. Ladbrooke Racing*, Rec. p. I-6265, apartado 33 y STJCE de 9 de septiembre de 2003, en el asunto C-198/01, *Consorcio Industrie Fiammiferi (CIF) c. Autorità Garante Della Concorrenza e del Mercato*, apartado 51.

<sup>13</sup> Al margen de lo estrictamente jurídico, y desde una perspectiva más formal, la competencia no sólo no ha desaparecido del Tratado de Lisboa como algunos han planteado, sino que la palabra «competencia» aparece mencionada en el Preámbulo, en los arts. I-3, I-32 (dos veces), I-40, I-42, I-44, I-96 (dos veces), I-101 (tres veces), I-102, I-106, II-107 (dos veces), II-113, II-116, 119 (dos veces), 120, 127, 173, 326, 346, 348 y en el protocolo sobre el mercado interior y la competencia.

sustancial, en la medida en que venía a reiterar lo ya dispuesto en el art. 86.2 TCE, y en virtud de la cual «[s]in perjuicio de los arts. 73, 86 y 87, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valores comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Comunidad y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación del presente Tratado, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones que les permitan cumplir su cometido».

Más tarde, en noviembre de 2005 la Comisión retomó la iniciativa en esta área y adoptó el paquete Post-*Altmark*<sup>14</sup>, que incluye una exención por categorías para pequeños SIEG sobre la base del art. 86(3) TCE. La adopción de este paquete normativo cogió a ciertos Estados miembros con el paso cambiado, en la medida en que rebatía las acusaciones vertidas en el pasado contra la Comisión por actuar supuestamente en contra de los servicios públicos, y venía a demostrar que los Tratados vigentes conferían una base jurídica suficiente para clarificar las normas relativas a los SIEG.

El art. III-122 del proyecto de Tratado Constitucional, una disposición aparecida a última hora en la Convención Europea<sup>15</sup>, proporcionaba una base jurídica adicional para establecer principios y condiciones para la prestación de SIEG<sup>16</sup>, pero esta disposición finalmente se hundió en el naufragio del proyecto de Constitución.

Tras la firma del Tratado de Lisboa, el art. 14 TFUE (antiguo art. 16 TCE modificado) reformula la inclusión de la nueva base jurídica, y hace un esfuerzo para conjugar su existencia con la autonomía de que disponen los Estados miembros en la materia y con las disposiciones de los Tratados al establecer que «[s]in perjuicio del art. 4 del Tratado de la Unión Europea y de los arts. 93, 106 y 107 del presente Tratado, y a la vista del lugar que los servicios de interés económico general ocupan entre los valo-

<sup>14</sup> Decisión 2005/842/CE relativa a la aplicación de las disposiciones del apartado 2 del art. 86, del Tratado a las ayudas estatales en forma de compensaciones de servicio público concedidas a algunas empresas encargadas de la gestión de SIEG; Marco comunitario sobre ayudas estatales en forma de compensación por servicio público; Directiva 2005/81/CE por la que se modifica la Directiva 80/723/CEE relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas así como a la transparencia entre determinadas empresas.

<sup>15</sup> Ver acta de la penúltima sesión plenaria de la Convención Europea celebrada en Bruselas el 4 de julio de 2003, CONV 849/03 que atribuye al *Praesidium* de la Convención la iniciativa de la adopción de esta disposición. En la última sesión, algunos miembros de la Convención manifestaron su desacuerdo con la introducción de esta modificación por considerar que no era de naturaleza técnica. Ver acta de la última sesión plenaria de la Convención Europea celebrada en Bruselas los días 9 y 10 de julio de 2003, CONV 853/03.

<sup>16</sup> «Sin perjuicio de los arts. I-5, III-166, III-167 y III-238, y dado el lugar que ocupan los servicios de interés económico general como servicios a los que todos conceden valor en la Unión, así como su papel en la promoción de la cohesión social y territorial de ésta, la Unión y los Estados miembros, dentro de sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de la Constitución, velarán por que dichos servicios funcionen conforme a principios y en condiciones, económicas y financieras en particular, que les permitan cumplir su cometido. Dichos principios y condiciones se establecerán mediante Ley europea, sin perjuicio de la competencia de los Estados miembros, dentro del respeto a la Constitución, para prestar, encargar y financiar dichos servicios.»



res comunes de la Unión, así como de su papel en la promoción de la cohesión social y territorial, la Unión y los Estados miembros, con arreglo a sus competencias respectivas y en el ámbito de aplicación de los Tratados, velarán por que dichos servicios actúen con arreglo a principios y condiciones, en *particular económicas y financieras*, que les permitan cumplir su cometido. El Parlamento Europeo y el Consejo *establecerán dichos principios y condiciones mediante reglamentos, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, sin perjuicio de la competencia que incumbe a los Estados miembros*, dentro del respeto a los Tratados, para prestar, encargar y financiar dichos servicios» (la cursiva indica los cambios obrados con respecto a la redacción del proyecto de Tratado Constitucional).

Por su parte, el protocolo sobre los Servicios de Interés General establece en su art. 1 los valores comunes de la Unión con relación a los SIEG, insistiendo en la discrecionalidad de las autoridades nacionales, regionales y locales configurar la prestación de estos servicios<sup>17</sup>. A tenor del art. 2 del protocolo la competencia de los Estados miembros para prestar, encargar y organizar servicios de interés general de carácter no económico no queda afectada por el Tratado.

La regulación de los SIEG en el Tratado es por tanto ciertamente paradójica. Cabría argumentar que los valores de solidaridad que subyacen a los SIEG deberían conducir a una integración reforzada en el plano europeo, y no a un cierre de fronteras nacionales. Resulta asimismo paradójico que exista una base jurídica comunitaria para los SIEG cuando no existe una competencia comunitaria, ni siquiera compartida, en este área, ¿cuál es entonces su utilidad?

En realidad, esta base jurídica habilita para la adopción de normas, una «Directiva marco» que estableciese una suerte de «blindaje» en favor de los operadores de SIEG, a quienes se intentaría así proteger de la aplicación de las normas de competencia, y particularmente de las disposiciones del Tratado en materia de ayudas de Estado. El elemento clave es que las directivas marco, al contrario de lo que ocurre con la revisión de los Tratados, pueden ser adoptadas por mayoría cualificada.

Puede que la virtualidad de esta nueva base jurídica sea, sin embargo, limitada. En noviembre de 2007 la Comisión Europea se negó a ejercer su facultad de iniciativa legislativa para proponer esta directiva marco por con-

---

<sup>17</sup> «Los valores comunes de la Unión con respecto a los servicios de interés económico general con arreglo al art. 16 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea incluyen en particular:

— el papel esencial y la amplia capacidad de discreción de las autoridades nacionales, regionales y locales para prestar, encargar y organizar los servicios de interés económico general lo más cercanos posible a las necesidades de los usuarios;

— la diversidad de los servicios de interés económico general y la disparidad de las necesidades y preferencias de los usuarios que pueden resultar de las diferentes situaciones geográficas, sociales y culturales;

— un alto nivel de calidad, seguridad y accesibilidad económica, la igualdad de trato y la promoción del acceso universal y de los derechos de los usuarios».

siderar que el nuevo protocolo resultará suficiente<sup>18</sup>, por lo que, en principio, nos encontraríamos ante una nueva base jurídica que la Comisión no tiene, al menos de momento, ningún interés en utilizar<sup>19</sup>.

### 3. CONCLUSIÓN

La manera en que se obraron los cambios quizás no haya sido la ideal, de hecho, cabría preguntarse si se ajusta a los criterios de transparencia y buen gobierno que propugna el propio TFEU en su art. 15.

Aunque a primera vista la elevación de la política de competencia al altar de «objetivo de la UE» prevista por el Proyecto de Tratado Constitucional parecía haberse perdido, quizás la realidad sea distinta. Siendo obvio que la eliminación de la referencia a la «competencia libre y no fal-seada» dista de ser un hecho glorioso en términos de imagen para la política comunitaria de competencia, un análisis objetivo conduce a conclusiones más positivas.

En efecto, pese a que el objetivo perseguido con la nueva propuesta no era quizás el reforzamiento de la política de competencia, en virtud del nuevo Tratado de Lisboa la política de competencia pasa, por vía indirecta y por razón de su vínculo con el mercado interior, uno de los objetivos del Tratado. Un posible efecto colateral del recordatorio de este vínculo debería conducir a una aplicación más ortodoxa y estricta de las normas de competencia y de ayudas de Estado. Como suele decirse, Dios escribe Derecho con renglones torcidos.

En lo que respecta a los SIEG, la aportación del Tratado de Lisboa se limita a la introducción de una base jurídica cuya futura utilidad resta incierta.

En definitiva, el Tratado de Lisboa no prevé grandes novedades. Después de todo, puede que el cambio más frustrante introducido en relación con la política de competencia haya sido la re-enumeración del articulado.

Queda por ver si el Tratado de Lisboa entrará en vigor o si, por el contrario, el TCE actual seguirá vigente. Por deplorable que esta última posibilidad pueda resultar para el desarrollo de otras políticas y para «la moral de la tropa», lo cierto es que la política de competencia y de ayudas de Estado puede perfectamente proseguir con los Tratados actuales y de modo satisfactorio.

---

<sup>18</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social Europeo y el Comité de las Regiones, que acompaña a la comunicación «Un mercado único para la Europa del siglo XXI», *Servicios de interés general, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo* [COM(2007) 724 final], Bruselas, 20 de noviembre de 2007.

<sup>19</sup> Cabría, no obstante, pensar en la posibilidad de que la inacción de la Comisión al respecto se viese superada por el ejercicio de una iniciativa legislativa popular en aplicación del art. 11.4 TUE introducido por el Tratado de Lisboa.





## EL SISTEMA DE CLEMENCIA EN LA NUEVA LEY DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Jaime PÉREZ-BUSTAMANTE  
Socio, Linklaters

Fredrik LÖWHAGEN  
Abogado, Linklaters

Los cárteles son las infracciones más graves que se pueden cometer a la libre competencia. La OCDE ha señalado que se trata de «la infracción del Derecho de la competencia más atroz»<sup>1</sup> y el Director de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) ha manifestado al respecto que «pervierten la esencia misma del mecanismo de mercado»<sup>2</sup>. Y es que su impacto sobre el mercado es claro, habiendo concluido algunos estudios que provocan un incremento medio sobre los precios que podría situarse entre un 20 y un 30 por 100<sup>3</sup>.

Precisamente por ello, las autoridades de competencia han realizado un enorme esfuerzo en los últimos años en tratar de aumentar los recursos dedicados a su persecución y en dotarse de nuevas herramientas para combatirlos de manera eficaz. El «arma» más temible del que ahora disponen son los sistemas de clemencia (*leniency*), que permiten garantizar a los partícipes de un cártel que denuncien ante la autoridad de competencia la exoneración total o parcial de la multa que les hubiera correspondido por su participación en el mismo.

La introducción de este instrumento, primero en Estados Unidos y más tarde en la Unión Europea, ha revolucionado completamente el sistema de persecución de los cárteles. Además, una de las consecuencias inmediatas de su implantación ha sido el incremento espectacular del importe de las

---

<sup>1</sup> OCDE, Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 1998, p. 2.

<sup>2</sup> C. PASCUAL PONS, ponencia de 19 de febrero de 2008 en la VI Escuela Iberoamericana de Defensa de la Competencia, «Acuerdos horizontales: Principios generales y Herramientas de Análisis», p. 3.

<sup>3</sup> J. CONNOR, «Price fixing overcharges: Legal and Economic Evidence», *Staff Paper*, 04-17, Universidad de Purdue (abril 2005, disponible en Internet: <http://papers.ssrn.com>).



multas impuestas por las autoridades de competencia. Así, cabe destacar, por ejemplo, que la Comisión Europea impuso en 2007, por cárteles, sanciones por un total de 3.338 millones de euros, cifra que casi triplica el importe de las que impuso en el periodo 1990-1999 (1.125 millones de euros).

Pues bien, la CNC dispone ya también de este instrumento desde el 28 de febrero de 2008<sup>4</sup>. Con el fin de analizar en detalle esta figura, expon-dremos a continuación cuál es su fundamento y cuáles son los requisitos necesarios para su aplicación en España, tomando siempre muy en consi-deración su funcionamiento en el ámbito comunitario, por ser éste el modelo en el que se ha basado la Ley 15/2007 de Defensa de la Com-petencia (LDC) para incorporarlo en nuestro país.

Finalmente, nos referiremos también al denominado «procedimiento de transacción» (*settlements*), que acaba de ser aprobado por la Comisión Europea con la finalidad de recompensar a las empresas que cooperen en los procedimientos administrativos sobre cárteles con una rebaja de la mul-ta del 10 por 100.

## 1. VENTAJAS E INCONVENIENTES DE LOS SISTEMAS DE CLEMENCIA

### A. DIFICULTADES DE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA PARA DESCUBRIR CÁRTELES SECRETOS

La propia comunicación de la Comisión Europea de 2006 sobre el pro-grama de clemencia comunitario (la «comunicación de 2006») reconoce que «por su propia naturaleza, los cárteles secretos a menudo resultan difí-ciles de descubrir y de investigar sin la cooperación de las empresas o per-sonas involucradas»<sup>5</sup>. En España, el anterior presidente del Tribunal de Defensa de la Competencia ha manifestado que es, precisamente, la difi-cultad de detectar y de acreditar la existencia de un cártel lo que provocado que sean escasos, en número, los que se han sancionado en nuestro país<sup>6</sup>.

En general, la dificultad se deriva o bien del carácter secreto de los con-tactos entre los partícipes del cártel, o bien en lo difícil que puede resultar apreciar sus efectos en el mercado.

En lo que respecta a su carácter secreto, lo habitual en los cárteles modernos es que se implanten medidas destinadas, precisamente, a ocultar

<sup>4</sup> Desde la entrada un vigor del Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.

<sup>5</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, *DOUE*, núm. C298/17 (8 de diciembre de 2006), párrafo 3.

<sup>6</sup> G. SOLANA GONZÁLEZ, «Pasado, presente y futuro del modelo español de competencia», en L. CASES (dir.), *Anuario de la Competencia 2003*, Marcial Pons, 2004, pp. 46-47.

su actividad y a evitar cualquier rastro físico o electrónico de ella. Por ejemplo, empleando para los contactos teléfonos móviles privados de tarjetas de prepago<sup>7</sup> o cabinas públicas<sup>8</sup>, utilizando en los documentos códigos y nombres en clave para ocultar su identidad<sup>9</sup>, depositando los documentos en domicilios privados<sup>10</sup> o incluso en las dependencias de una consultoría situada en un país situado fuera de la Unión Europea<sup>11</sup>. Además, ha de tenerse en cuenta que la existencia del cártel suele ser conocida únicamente por un número limitado de personas de la empresa —siendo varios los casos en los que ni siquiera era conocido por la dirección de la misma.

Por otra parte, aunque los efectos de un cártel no suelen pasar desapercibidos puede, en cambio, ser muy difícil atribuir tales efectos a su existencia. Por ejemplo, precios muy elevados no justificados en costes podrían ser un indicio de un cártel, pero también ser consecuencia de una competencia imperfecta —aunque lícita— fruto de distintos factores como la existencia de derechos de propiedad industrial o intelectual o de otras barreras de entrada. Los oligopolios merecen especial atención en este punto puesto que la teoría económica demuestra que la colusión tácita, es decir, aquélla que se produce sin haber existido un contacto previo entre las empresas, produce el mismo efecto que una colusión fruto de un acuerdo, de tal forma que los economistas ni siquiera suelen distinguir entre colusión tácita y expresa<sup>12</sup>. Ciertamente, en un mercado oligopolístico y transparente incluso conductas paralelas, como una subida simultánea de precios, pueden ser el resultado de decisiones unilaterales<sup>13</sup>. Sin embargo, lo paradójico es que muchas veces es en estos mercados en los que el riesgo de cartelización es mayor.

En fin, la labor de detección de un cártel también se dificulta muchas veces por las medidas que los participantes suelen adoptar para ocultar no sólo sus contactos, sino también su puesta en práctica en el mercado. Por ejemplo, pactando que una subida de precios se realice en fechas distintas<sup>14</sup>

<sup>7</sup> Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/E-1/38.823, *Ascensores y escaleras mecánicas*, párrafo 158.

<sup>8</sup> Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/E-1/36.490, *Electrodos de grafito*, párrafos 76 y 80.

<sup>9</sup> Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/F/38.899, *Conmutadores con aislamiento de gas*, párrafo 172.

<sup>10</sup> Decisiones de la Comisión Europea en el asunto COMP.D.2 37.444, *SAS/Maersk Air*, párrafos 7, 89 y 123; y en el asunto COMP/E-1/36.490, *Electrodos de grafito*, párrafo 33.

<sup>11</sup> Decisiones de la Comisión Europea en el asunto COMP/E-2/37.857, *Peróxidos orgánicos*, párrafos 92 y 114; y en asunto IV/C/33.833, *Cartoncillo*, párrafo 33.

<sup>12</sup> M. MOTTA, *Competition Policy: Theory and Practice*, Cambridge University Press, 2004, pp. 138-140. En efecto, los métodos económicos para detectar cárteles basándose en datos públicos detectan colusión, sea ésta tácita o expresa. Véanse, H. FRIEDERISZICK y F. MAIER-RIGAUD, «Triggering inspections ex officio: moving beyond a passive EU cartel policy», *Journal of Competition Law and Economics*, núm. 4, 2008, p. 89; y J. HARRINGTON, «Detecting cartels», en P. BUCCIROSSI (dir.), *Handbook in Antitrust Economics*, MIT Press, 2008, p. 213.

<sup>13</sup> La sentencia del TJCE en el asunto C-89/85, *A. Ahlström c. Comisión Europea*, Rec 1993, p. I-1307, párrafo 126.

<sup>14</sup> Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/E-1/37.512, *Vitaminas*, párrafos 202-204.



o, en el caso de licitaciones fraudulentas, acordando que algunos de ellos presenten ofertas con precios anormalmente altos para dar la falsa impresión de que existe competencia en la licitación y de que el precio de la oferta ganadora es competitivo<sup>15</sup>.

Es por ello por lo que muchos cárteles nunca son descubiertos y se terminan disolviendo por razones «naturales», es decir no relacionadas con su detección por parte de las autoridades de competencia. De hecho, el Director General de Competencia de la Comisión Europea estima que únicamente se llega a descubrir el 10 por 100 de los cárteles existentes<sup>16</sup>. Por este motivo, las autoridades de competencia y los legisladores consideran que el método tradicional de elevar el nivel de las multas impuestas no es un instrumento suficientemente eficaz de persecución y que, en cambio, deben concentrarse más en tratar de mejorar el índice de detección y de sanción de cárteles, y en conseguir cambiar la percepción, entre los operadores económicos, sobre los riesgos inherentes a la comisión de esta conducta<sup>17</sup>.

## B. VENTAJAS E INCONVENIENTES QUE PRESENTAN

Existe una amplia discusión entre economistas y juristas sobre la función de los sistemas de clemencia y sobre sus efectos sobre los cárteles que, sin embargo, excede del objeto de este trabajo<sup>18</sup>. No obstante, nos referiremos brevemente a ello por ser indispensable para comprender el papel que juegan estos sistemas dentro de la normativa de defensa de la competencia.

### a) Aspectos positivos

Resulta evidente que los sistemas de clemencia constituyen un claro incentivo económico para que los miembros de un cártel lo denuncien ante las autoridades de competencia. Tal incentivo no es otro que la diferencia entre la multa que se le impondría al delator si no hubiera presentado la

<sup>15</sup> Sentencia del Tribunal de Apelación de Competencia (*Competition Appeals Tribunal*) del Reino Unido del 24 de febrero de 2005 en el asunto *Apex Asphalt c. OFT*, párrafos 34 y 217-218.

<sup>16</sup> P. LOWE, «Introduction to cartels working group plenary session», ponencia de 31 de mayo de 2007 (disponible en Internet: <http://ec.europa.eu/comm/competition/speeches>).

<sup>17</sup> M. MOTTA, «On Cartel Deterrence and Fines in the European Union», *European Competition Law Review*, núm. 4, 2008, p. 209; y W. WILS, «Optimal Antitrust Fines: Theory and Practice», *World Competition: Law and Economics Review*, núm. 2, 2006, p. 183.

<sup>18</sup> Sobre la discusión doctrinal económica, véase G. SPAGNOLO, «Leniency and Whistleblowers in Antitrust», en P. BUCCIROSSI (dir.), *op. cit.*, p. 259. En español, E. ZOIDO, «El nuevo régimen de clemencia: una visión económica», *La Ley*, núm. 1, 2008, p. 69; y F. JIMÉNEZ LATORRE, «La clemencia en la lucha contra cárteles», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 241, 2006, p. 71. Para un perspectiva jurídico, véase W. WILS, «Leniency in Antitrust Enforcement: Theory and Practice», *World Competition: Law and Economics Review*, núm. 1, 2007, p. 25; y S. HAMMOND, «Cornerstones of An Effective Leniency Program», Ministerio de Justicia de los Estados Unidos (2004, disponible en Internet: <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/speeches.htm>).

solicitud de clemencia y la multa que, eventualmente, se le pudiera imponer después de solicitar clemencia.

Ahora bien, los sistemas de clemencia facilitan también la detección de cárteles y la imposición de sanciones a los partícipes. En efecto, a la vista de la dificultad existente para detectar la existencia de un cártel —a la que antes nos hemos referido—, la obtención de pruebas sobre los contactos ilícitos es un factor clave para descubrirlos<sup>19</sup>. Los sistemas de clemencia permiten a las autoridades de competencia obtener pruebas que hubieran sido muy difíciles o incluso imposibles de obtener en ausencia de este instrumento. Obviamente, ello aumenta la probabilidad de que los cárteles sean detectados y de que sus miembros sean sancionados, lo cual incrementa, a su vez, el efecto disuasorio de las multas y desincentiva la creación de nuevos cárteles.

Finalmente, cabe destacar que los sistemas de clemencia tienen también por efecto socavar la confianza entre los partícipes del cártel. Antes de la aparición de este instrumento, el riesgo de imposición de importantes multas en el caso de que fuera descubierto era un factor que podía influir, precisamente, en favor de su continuidad. Sin embargo, el sistema de clemencia elimina este factor de seguridad e introduce entre los partícipes el temor de que uno de ellos revele su existencia a cambio de conseguir inmunidad. Por ello, la desconfianza que el sistema de clemencia genera entre los miembros en un cártel produce un efecto desestabilizador y actúa como elemento disuasorio en la aparición de nuevos cárteles. Además, una empresa que haya asumido el papel de «chivato» alguna vez, será considerada como «poco fiable» de futuro por aquellas que intenten formar un nuevo cártel, lo que dificultará también la creación de cárteles en otros mercados en los que ésta opere<sup>20</sup>.

#### b) Aspectos negativos

A pesar de lo expuesto, los sistemas de clemencia no son, en modo alguno, un instrumento perfectamente idóneo en la lucha contra los cárteles. Como se explicará a continuación, su eficacia está estrechamente vinculada a la de las demás herramientas de investigación de que disponen las autoridades de competencia. Además, los sistemas de clemencia son poco eficaces contra los cárteles que operan con éxito, puesto que si los beneficios futuros esperados por continuar participando en un cártel son suficientemente altos, es poco probable que sus partícipes tengan incentivos para solicitar inmunidad.

<sup>19</sup> De hecho, la Comisión Europea no ha tramitado ningún cártel en los últimos veinte años basándose exclusivamente en presunciones e indicios económicos, es decir, sin poder presentar pruebas. J. FAULL y A. NIKPAY, *The EC Law of Competition*, Oxford University Press, 2.ª ed., 2007, pp. 991-992.

<sup>20</sup> Sobre este tema y en general sobre la importancia de la confianza (o desconfianza) entre los miembros de un cártel, véase C. LESLIE, «Trust, Distrust, and Antitrust», *Texas Law Review*, núm. 3, 2004, p. 515.



En este sentido, la experiencia en la Unión Europea demuestra que la mayoría de las solicitudes de clemencia recibidas por la Comisión Europea lo han sido: *i*) o bien cuando el cártel ya había sido detectado por las autoridades de competencia —después de haberse producido una inspección domiciliaria o tras una investigación en los Estados Unidos—; *ii*) o bien cuando el cártel ya se había disuelto o estaba a punto a disolverse. Es decir, en ambos casos, cuando el daño a los consumidores ya se había producido y cuando los beneficios esperados por los partícipes eran escasos. Incluso el Director General de Competencia de la Comisión Europea ha reconocido que la mayoría de los cárteles detectados por la autoridad comunitaria se hubieran disuelto, en todo caso, por otras razones en un periodo máximo de dos años<sup>21</sup>.

Por último, no podemos dejar de señalar también que existe una amplia discusión en la doctrina sobre los posibles efectos perversos de los programas de clemencia. Por ejemplo, se ha señalado que reducir multas a quien dé un «chivatazo» es injusto porque el solicitante ha cometido la misma infracción que los demás; que los partícipes en un cártel pueden aprovecharse del sistema de clemencia como represalia frente a quien les haya intentado engañar en el seno del mismo; que los miembros de un cártel podrían turnarse para solicitar inmunidad o que las empresas falsifican pruebas para obtener clemencia<sup>22</sup>.

### c) Claves de éxito para su funcionamiento

Existe un amplio consenso entre las autoridades de la competencia sobre los pilares básicos en los que deben descansar los sistemas de clemencia para que su aplicación sea exitosa<sup>23</sup>:

#### i) Multas elevadas

Se considera que las multas por cárteles tienen que ser elevadas. Si es así, las empresas harán uso de los sistemas de clemencia; en cambio, si el nivel de multas es reducido, el incentivo de acudir a este instrumento será menor. GUTIÉRREZ y ZOIDO lo resumen gráficamente señalando lo siguiente: «el palo (la sanción) debe ser suficientemente fuerte como para que la zanahoria (la oportunidad de evitar la sanción colaborando con las autoridades) resulte más apetecible»<sup>24</sup>. Además, ha de tenerse en cuenta que el

<sup>21</sup> P. LOWE, *op. cit.*

<sup>22</sup> W. WILS (2007), *op. cit.*, pp. 45-51.

<sup>23</sup> Red Internacional de Competencia (ICN), «Anti-Cartel Enforcement Manual: Cartel Working Group: Subgroup 2: Enforcement Techniques: Chapter 2, Drafting and Implementing an Effective Leniency Program» (abril 2006, disponible en Internet: <http://www.internationalcompetitionnetwork.org>).

<sup>24</sup> I. GUTIÉRREZ y E. ZOIDO, «Cárteles: Análisis y Valoración de sus efectos», *Anuario de la Competencia 2003*, Marcial Pons, 2004, p. 273.

beneficio a obtener por la empresa que acuda al procedimiento de clemencia deberá compensar también otros efectos negativos que se derivan del mismo, como son la pérdida de los beneficios adicionales que hubiera comportado continuar participando en el cártel, el riesgo de reclamaciones de daños y perjuicios por parte de los afectados, el riesgo de represalias de los demás partícipes y el impacto negativo que pueda tener sobre la reputación de la empresa en el mercado.

### ii) Riesgo de descubrimiento del cártel

Otro factor indispensable para asegurar el éxito de los sistemas de clemencia es que las empresas perciban que existe un riesgo elevado de que el cártel sea descubierto. Porque, si no fuera así, el potencial beneficio que ofrece el sistema de clemencia sería demasiado lejano como para influir en el comportamiento de las empresas. O, dicho en otros términos, la reflexión que se harían las empresas en ese caso sería la siguiente: ¿por qué autoinculparme si creo que nunca seré descubierto? En fin, para que esta percepción de riesgo exista, la autoridad de competencia deberá demostrar que es capaz de detectar cárteles incluso sin acudir al sistema de clemencia, valiéndose de otras herramientas de investigación a su disposición.

### iii) Transparencia y predictibilidad

La experiencia demuestra que las empresas únicamente acudirán al sistema de clemencia si tanto el procedimiento como los requisitos exigidos son absolutamente claros y transparentes. Cualquier criterio que aumente la discrecionalidad de la autoridad reduce la eficacia del sistema. Por ello, los sistemas modernos ofrecen la exención automática cuando se cumplan determinados requisitos. También es importante que la autoridad confirme lo antes posible que la solicitud cumple con tales requisitos para obtener inmunidad. Cualquier retraso en este sentido aumenta la sensación de inseguridad de los solicitantes. Por último, no sólo la normativa tiene que ser clara y transparente, sino también su aplicación, si bien las autoridades con mayor experiencia en este ámbito reconocen que también es importante demostrar cierta flexibilidad en la práctica para ganarse la confianza de las empresas y aumentar el número de solicitudes de clemencia.

## 2. EL SISTEMA DE CLEMENCIA EN LA NUEVA LDC: ÁMBITO DE APLICACIÓN Y SUPUESTOS DE EXENCIÓN Y DE REDUCCIÓN DEL PAGO DE LA MULTA

### A. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL SISTEMA DE CLEMENCIA

El sistema de clemencia previsto en la LDC sólo resulta aplicable a cárteles, y no a otras conductas también prohibidas por la LDC, como el



abuso de posición de dominio, las actuaciones desleales anticompetitivas o las demás infracciones del art. 1 LDC distintas del cártel. El art. 65 LDC, que regula el sistema de exención del pago de la multa, así lo dispone expresamente. El artículo 66 LDC, que se refiere al sistema de reducción del importe de la multa, no lo reitera, pero parece claro que la voluntad del legislador ha sido que todo el sistema de clemencia previsto en la LDC, y también lo dispuesto en el art. 66, se aplique exclusivamente a cárteles<sup>25</sup>.

Por otra parte, cabe destacar que el art. 65 LDC sólo se refiere a las infracciones del art. 1 LDC, sin contener referencia alguna al art. 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (CE). A pesar de que no resulte fácil entender por qué no se ha mencionado también el art. 81 CE, no pensamos que esta omisión tenga mucha importancia en la práctica. El art. 3.1 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 obliga a la CNC a aplicar conjuntamente los arts. 81 CE y 1 LDC a las conductas prohibidas por el primero y, además, el art. 24.c) LDC señala expresamente —como no podía ser de otra manera— que la CNC es también plenamente competente para aplicar el art. 81 CE.

#### a) *Aplicación a los miembros de un cártel*

Como decíamos, el sistema de clemencia de la LDC sólo es aplicable a cárteles, por lo que una solicitud de clemencia en relación con una infracción del art. 1 LDC que no sea un cártel será rechazada. Curiosamente, frente a la LDC anterior, que no contenía una definición de este concepto —como tampoco se contiene en el CE—, la DA 4.ª LDC define un cártel como «todo acuerdo secreto entre dos o más competidores cuyo objeto sea la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones».

Procede, pues, detenerse en analizar los distintos elementos de esta definición.

#### i) *Acuerdo entre competidores*

La duda más importante que genera la definición expuesta es que sólo se refiere a «acuerdos». ¿Significa ello que sólo es posible solicitar clemencia sobre acuerdos en sentido estricto? Es decir, ¿quedarían fuera de

<sup>25</sup> Así se infiere de la DF 2.ª LDC, que autoriza el Gobierno a desarrollar reglamentariamente la Ley en cuanto a, entre otros, «el sistema de clemencia o exención y reducción de multa a las empresas que colaboren en la lucha contra los cárteles». O del art. 50.1 RDC que señala que el procedimiento de reducción del importe de la multa se iniciará a instancia de «la empresa o persona física que haya participado en el cártel».

este ámbito las prácticas concertadas? La respuesta sólo puede ser negativa, porque lo contrario carecería de sentido común.

Pero, además, llama la atención al respecto que la DA 4.<sup>a</sup> LDC haya «copiado» literalmente la definición de cártel contenida en el apartado 1 de la comunicación de la Comisión Europea sobre el programa de clemencia de 2002 («comunicación de 2002»)<sup>26</sup>, cuando ésta ha quedado superada por otra más amplia contenida en la comunicación de 2006, en la que se señala expresamente que cárteles son los «acuerdos o prácticas concertadas»<sup>27</sup>.

Y es que no hay que olvidar que el concepto de prácticas concertadas juega un papel muy importante en la lucha contra cárteles. En numerosas ocasiones, es difícil probar la existencia de un acuerdo en el sentido del art. 1 LDC y del art. 81 CE al existir únicamente evidencia de los contactos ilícitos entre los competidores, faltando sin embargo pruebas que acrediten los pactos alcanzados como consecuencia de tales contactos. De hecho, en todas las decisiones sobre cárteles de la Comisión Europea de los últimos años se califica el cártel como una infracción constituida por «acuerdos y/o prácticas concertadas», sin determinar qué elementos del mismo constituyen acuerdos y cuáles son en cambio prácticas concertadas.

Tal vez por ello, tanto la comunicación de 2006 como el modelo de programa de clemencia de la Red Europea de Competencia (ECN), señalan que cárteles son acuerdos y/o prácticas concertadas<sup>28</sup>. También la definición del concepto de cártel de la OCDE incluye tanto a los acuerdos como a las prácticas concertadas<sup>29</sup>.

Parece lógico, por otra parte, interpretar este concepto de la misma manera en la LDC y en el Derecho comunitario, sobre todo teniendo en cuenta la intención expresa de utilizar el sistema comunitario de clemencia como modelo en el sistema español<sup>30</sup>.

Además, si las prácticas concertadas fueran excluidas del concepto de cártel, la CNC tendría que analizar previamente si un cártel es fruto de un

---

<sup>26</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la dispensa del pago de las multas y la reducción de su importe en casos de cártel, *DOCE*, núm. C45/3 (19 de febrero de 2002).

<sup>27</sup> No obstante, entendemos que la mención en esta última a las prácticas concertadas se hizo simplemente como elemento de aclaración de la comunicación anterior y sin que ello comportara por tanto cambio alguno de posición.

<sup>28</sup> Comunicación de 2006, párrafo 1; Modelo de programa de clemencia de la Red Europea de Competencia (ECN), párrafo 4. El modelo de programa está disponible en Internet: <http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/documents.html>.

<sup>29</sup> OCDE, Recommendation of the Council concerning Effective Action against Hard Core Cartels, 1998, p. 3.

<sup>30</sup> Véase el preámbulo de la LDC, «también se introduce un procedimiento de clemencia, similar al vigente en el ámbito comunitario». En el mismo sentido, el párrafo 138 del Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia, Ministerio de Economía y Hacienda (20 de enero de 2005) («Libro Blanco»), «esta propuesta, basada en el grado de madurez del sistema español de defensa de la competencia y en la conveniencia de alinearse con los modelos del ámbito comunitario»; y el párrafo 139, «esta propuesta se concretaría en un modelo inspirado en el de la Comisión Europea».



acuerdo expreso (o no) puesto que, de lo contrario, tendría que rechazar la solicitud de clemencia. La necesidad de realizar tal análisis generaría una incertidumbre que podría socavar la eficacia del sistema de clemencia, sobre todo teniendo en cuenta la dificultad práctica existente para distinguir entre los conceptos de acuerdo y de práctica concertada<sup>31</sup>.

En fin, una interpretación amplia del concepto de acuerdo al que se refiere la DA 4.<sup>a</sup> LDC nos llevaría a incluir dentro del mismo no sólo a las prácticas concertadas, sino también a las demás conductas prohibidas por el art. 1 LDC, a saber, las decisiones y recomendaciones colectivas y las prácticas conscientemente paralelas. Sin embargo, los argumentos para incluir estas conductas son menos convincentes.

En lo que respecta a las decisiones y recomendaciones colectivas, ni la comunicación de 2006 ni el modelo de programa de clemencia de la ECN se refieren expresamente a ellas. Entendemos que la razón de ello es que en estos casos hay un único infractor —el ente asociativo autor de la decisión o recomendación—, habiéndose instaurado, sin embargo, los sistemas de clemencia para infracciones cometidas por dos o más empresas. Es más, la aplicación del sistema de clemencia a estas infracciones podría tener incluso el efecto perverso de fomentarlas puesto que, al conocer el único infractor que no existe otro al que se le podría conceder inmunidad de multas, siempre podría tener la seguridad de obtener una exención total. Además, nada impide que tal ente asociativo solicite clemencia si ha participado en un acuerdo o una práctica concertada.

Por otra parte, en lo que se refiere a prácticas conscientemente paralelas, concepto que (afortunadamente) no tiene equivalencia en el art. 81 CE, se trata de una conducta que no cumple con el criterio de secretismo que exige la DA 4.<sup>a</sup> LDC, ya que ni son fruto de un pacto ni tampoco el resultado de contactos entre las empresas que pudieran ser secretos<sup>32</sup>.

Finalmente, la DA 4.<sup>a</sup> prevé que el acuerdo en cuestión deberá haber sido suscrito entre dos o más competidores, por lo que será de carácter horizontal. Este requisito se contempla también en la comunicación de 2006 y conlleva la exclusión del sistema de clemencia de los acuerdos verticales. La razón de ello, según el modelo programa de ECN, es que las conductas verticales son normalmente más fáciles de detectar<sup>33</sup>. Así, es frecuente que sean denunciadas por el distribuidor que las soporte, cosa que no suele suceder en cambio en los cárteles horizontales —motivo por el cual se han «inventado» los sistemas de clemencia—. Un ejemplo de esta exclusión es

<sup>31</sup> J. NIKPAY y A. FAULL, *op. cit.*, p. 215.

<sup>32</sup> Si hubiera existido un pacto entre las empresas se trataría de un acuerdo, y si hubiera habido contactos, de una práctica concertada. No entramos aquí en el debate doctrinal sobre el concepto de práctica conscientemente paralela en el art. 1 LDC. Véase R. ALLENDE SALAZAR, P. MARTÍNEZ-LAGE y R. VALLINA, «Oligopolies, Conscious Parallelism and Concertation», en C.-D. EHLERMANN e I. ATANASIU (dirs.), *European Competition Law Annual 2006: Enforcement of Prohibition of Cartels*, Hart Publishing, 2007, p. 119.

<sup>33</sup> Modelo de programa de clemencia de ECN, párrafo 14.

la decisión de la Comisión Europea de 2003 en el asunto Nintendo, que analizó la concertación entre Nintendo y siete de sus distribuidores para impedir importaciones paralelas procedentes de países que disponían de precios más bajos hacia países con precios más altos. La Comisión Europea rechazó las solicitudes de clemencia presentadas por varias de las empresas implicadas invocando, precisamente, la limitación del programa de clemencia a los cárteles horizontales<sup>34</sup>.

## ii) Acuerdo secreto

La DA 4.<sup>a</sup> LDC señala también que el acuerdo ha de ser «secreto». La razón de ello es que se considera que las infracciones que sean fáciles de detectar deben ser investigadas y, además, sin reducir las sanciones a los infractores.

Coincidimos con DE BRONNET y KLOSE en que este requisito exige que los miembros del cártel hayan adoptado medidas para ocultar su colusión ante terceros, e incluso ante las autoridades de competencia<sup>35</sup>. Por ello, si las partes en un acuerdo horizontal que infrinja el art. 1 LDC no han intentado mantener su conducta secreta, no constituirá un cártel en el sentido de la DA 4.<sup>a</sup> LDC, aunque se trate de una infracción muy grave.

En cambio, el hecho de que el ocultismo haya fracasado —por ejemplo, por haber tenido la CNC conocimiento del cártel—, no debiera impedir que la conducta en cuestión pueda beneficiarse del sistema de clemencia. Entendemos que incluso los arts. 65 y 66 LDC han previsto esta situación, otorgando en este caso un menor grado de inmunidad. Decimos esto porque permiten la posibilidad de conceder inmunidad tras la incoación del expediente o después de la realización de una investigación domiciliaria, y por ello en situaciones en las que la CNC ya haya tenido conocimiento del cártel. De hecho, el art. 66 LDC prevé también, como supuesto de reducción del importe de la multa, aquellas situaciones en las que pudiendo demostrar la CNC la infracción del art. 1 LDC, las pruebas aportadas a través de una solicitud de clemencia aumenten la capacidad probatoria de los hechos de la autoridad.

## iii) Objeto del cártel: la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones

Como ya se ha señalado, la DA 4.<sup>a</sup> LDC ha «copiado» literalmente la definición del concepto de cártel contenida en el apartado 1 de la

<sup>34</sup> Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/35.706, *PO Nintendo Distribution*, párrafos 452-452. No obstante, véase el pie de página núm. 60 *infra*.

<sup>35</sup> K. G. DE BRONNET, *Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht*, Luchterhand, 2005, p. 173; y T. KLOSE, en G. KIRSCH, F. MONTAG y F. J. SÄCKER (dirs.), *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, Sweet & Maxwell, 2008, p. 1859.



Comunicación de 2002 sin tener en cuenta las revisiones de tal definición contenidas en la Comunicación de 2006.

En efecto, mientras que en la primera, y en la DA 4.<sup>a</sup>, se restringen las conductas que pueden englobarse en este concepto («acuerdos [...] que tengan por objeto la fijación de precios, de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones»), en la segunda (la comunicación de 2006) la definición queda abierta («acuerdos o prácticas concertadas [...] cuyo objetivo consiste en coordinar su comportamiento competitivo en el mercado o influir en los parámetros de la competencia mediante prácticas tales como la fijación de precios de compra o de venta u otras condiciones comerciales, la asignación de cuotas de producción o de venta, el reparto de mercados, incluidas colusiones en las licitaciones, las restricciones de las importaciones o exportaciones o las medidas anticompetitivas contra otros competidores»).

El «error» es tremendo porque aunque cabría tratar de interpretar la DA 4.<sup>a</sup> LDC en el sentido de la comunicación de 2006 —que es lo lógico—, al ser la LDC posterior a esta comunicación y haberse recogido, en cambio, de forma expresa la definición contenida en la comunicación de 2002 parece que el legislador ha querido, deliberadamente, restringir el concepto de cártel en la LDC sobre la definición más amplia contenida en la comunicación de 2006. Es decir, que no ha tomado como referencia, conscientemente, lo dispuesto en esta última.

Si ello fuera así, acuerdos que tuvieran por objeto fijar «otras condiciones comerciales» —es decir, no relacionadas con el precio— o adoptar «medidas anticompetitivas contra otros competidores»<sup>36</sup> no podrían beneficiarse del sistema de clemencia, lo cual no tiene sentido alguno<sup>37</sup>.

En cualquier caso, el hecho de haber limitado el concepto de cártel a determinadas prácticas con una finalidad muy específica (en nuestra opinión, erróneamente) refleja probablemente la voluntad de que el sistema de clemencia sólo se aplique a las conductas más lesivas, es decir, a los denominados cárteles de «núcleo duro» (*hard core cartels* o *naked cartels*), que son aquéllos manifiestamente anticompetitivos y que no disponen de beneficios compensatorios<sup>38</sup>. Por idéntico motivo, la comunicación de 2006 tampoco se aplica a los acuerdos comerciales que operan habitualmente en el tráfico económico aunque contengan cláusulas que infrinjan el art. 81 CE, sino únicamente a aquéllos cuyo objeto principal sea restringir la libre competencia<sup>39</sup>.

<sup>36</sup> No obstante, determinadas medidas anticompetitivas contra otros competidores pueden tener por objeto final la protección de, por ejemplo, un reparto de mercado entre competidores y, por tanto, entrar dentro del ámbito del concepto de cártel que recoge la DA 4.<sup>a</sup> LDC.

<sup>37</sup> El problema radica en que, aunque en nuestra opinión no lo tenga, cualquier tercero interesado podría oponerse a que se aplique el sistema de clemencia a estas conductas precisamente por el tenor literal de la DA 4.<sup>a</sup>

<sup>38</sup> Libro Blanco, párrafo 94.

<sup>39</sup> B. VAN BARLINGEN y M. BARENNEs, «The European Commission's 2002 Leniency Notice in practice», *EC Competition Policy Newsletter*, núm. 3, 2005, p. 11. Comunicación de 2006, párrafo 1.

Ahora bien, ha de advertirse asimismo que existen acuerdos que pueden tener por efecto alguno de los que se mencionan en la DA 4.<sup>a</sup> LDC, pero cuya finalidad no sea la de restringir la competencia. Este es el caso, por ejemplo, de los acuerdos de producción conjunta entre competidores, en los que las partes tienen, obviamente, que acordar entre ellas el reparto de los productos fabricados conjuntamente. Teóricamente, cabría argumentar que un acuerdo de este tipo supone fijar cuotas de producción en el sentido de la DA 4.<sup>a</sup> Sin embargo, como señala la Comisión Europea en sus directrices sobre prácticas horizontales, las cuotas de producción en estos acuerdos no tienen por objeto la limitación de competencia en el sentido del art. 81 CE<sup>40</sup>. De igual forma, un acuerdo de compra conjunta puede incluir una cláusula sobre la fijación de los precios de compra; y un acuerdo de licencia, cláusulas sobre el reparto de territorios o sobre restricciones a la exportación. No obstante, todos estos acuerdos no tienen por objeto restringir la competencia, y si infringen el art. 81 CE —o el art. 1 LDC— será normalmente por sus efectos sobre la misma<sup>41</sup>.

En cualquier caso, no parece que la DA 4.<sup>a</sup> LDC pueda interpretarse de tal forma que quepa extender el ámbito del sistema de clemencia a este tipo de acuerdos al no ser, la restricción de la competencia, su objeto principal. Como decíamos, la intención parece haber sido incluir en ese régimen exclusivamente a los «cárteles de núcleo duro». Y, en idéntico sentido, el modelo de programa de la ECN también se limita a aquellas prácticas que tengan claramente por objeto restringir la competencia<sup>42</sup>.

Además, no hay que olvidar que el acuerdo, para que constituya un cártel, ha de ser secreto. Por lo que un gran número de acuerdos restrictivos horizontales —como, por ejemplo, un contrato de constitución de una empresa en participación, o un acuerdo de constitución de una central de compras o de ventas—, aunque infringieran el art. 1 LDC, no cumplirían con este requisito, por lo que el régimen de clemencia no les sería aplicable.

#### b) *Aplicación a los representantes legales y a los directivos*

El art. 63.2 LDC permite la imposición de sanciones no sólo a las empresas u operadores económicos que hayan cometido una infracción, sino también a sus representantes legales y a los directivos que hayan intervenido en la comisión de la actuación anticompetitiva.

Pues bien, con la finalidad de que estas personas también tengan un incentivo para denunciar la existencia de cárteles ante la CNC, los arts. 65

<sup>40</sup> Directrices sobre la aplicabilidad del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal, *DOCE*, núm. C3/2 (6 de enero de 2001), párrafo 90.

<sup>41</sup> *Ibid.*, y directrices relativas a la aplicación del art. 81 del Tratado CE a los acuerdos de transferencia de tecnología, *DOUE*, C101/2 (27 de abril de 2004), párrafos 14, 86-89, 164 y 170.

<sup>42</sup> El modelo de programa de clemencia de ECN, párrafo 4.



y 66 LDC prevén que puedan beneficiarse del sistema de clemencia, al igual que las empresas<sup>43</sup>.

Así, el art. 65.3 LDC establece que la inmunidad de multas concedida a una empresa beneficiará también a los directivos que hayan intervenido en el acuerdo o decisión (siempre y cuando hayan colaborado con la CNC). Y el art. 66.4 LDC contempla también que si la clemencia consistiera en la reducción de la sanción, la multa impuesta a los directivos sería reducida en el mismo porcentaje. Sin embargo, no se ha previsto, a contrario, que la concesión de clemencia a una persona física pueda beneficiar también a la empresa que represente.

Es importante tener presente que en el caso de que la solicitud fuera presentada en primer lugar por un directivo, es muy probable que su empresa, aunque la presentara inmediatamente después, no pudiera beneficiarse de una inmunidad total —sino tan sólo de una reducción del importe de la multa—, por no haber sido la primera empresa o persona física en aportar elementos de prueba.

La solicitud de clemencia a título personal implica, pues, no sólo revelar que la empresa a la que pertenezca el directivo haya participado en un cártel —y por ello exponerla a un riesgo de multas (u otras sanciones) muy importante—, sino que puede tener un impacto importante en el nivel de reducción de la multa que ésta pueda obtener si decidiera también solicitar inmunidad.

Ciertamente, el beneficio de solicitar clemencia personal es el de evitar una multa que podría ascender a un máximo de 60.000 euros. Sin embargo, es probable que, dado el caso, fueran las empresas las que asumieran el pago de la multa (suponiendo que no contaran con un seguro que cubra precisamente este riesgo). Además, al menos a día de hoy, parece que el riesgo de que se imponga tal sanción es limitado, a la vista del reducido número de resoluciones en los que la CNC ha impuesto multas a los directivos o a los representantes legales.

Otro factor que probablemente se tomará en consideración por el potencial solicitante es el efecto que ello pudiera tener sobre su carrera profesional, puesto que es previsible que tal actuación se considere un acto de deslealtad o un quebrantamiento de su deber de confidencialidad, y por ello que se le cese o incluso que se le despida<sup>44</sup>. Además, podría no resultarle fácil encontrar otro trabajo.

---

<sup>43</sup> La referencia a las personas físicas contenida en los arts. 65 y 66 LDC ha de entenderse a personas físicas asalariadas, por no ser tratarse de operadores económicos y por tanto de empresas en el sentido de la DA 4.ª LDC.

<sup>44</sup> En este sentido, la normativa de contratos de alta dirección permite la extinción del contrato por voluntad del empresario sin necesidad de alegar causa que lo justifique (*vid.*, el art. 11 del Real Decreto 1382/1985 por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección). Ciertamente, el Derecho laboral ofrece protección contra las represalias adoptadas contra un empleado que haya denunciado hechos ilícitos cometidos por su empresa ante las autoridades correspondientes pero, en la práctica, el impacto que ello puede tener en la vida laboral es prácticamente irreparable.

Todo ello nos lleva a pensar que las solicitudes de clemencia personales serán probablemente muy infrecuentes<sup>45</sup> y que los directivos que tendrán mayores incentivos serán los que hayan sido despedidos por su empresa, como acción de represalia. Aunque éstos podrían plantearse también la opción de presentar una denuncia, incluso anónima —con las ventajas que ello conlleva, entre las que destaca la de evitar ser identificado como el «chivato» en la decisión final de la CNC sobre el cártel, lo cual no es baladí—<sup>46</sup>.

### c) *Sobre la posible aplicación del Código Penal*

Otro problema al que puede tener que enfrentarse una persona física que haya participado en un cártel es el riesgo de sanciones penales. La cuestión que se ha discutido ampliamente en la doctrina es si la clemencia administrativa debería garantizar también inmunidad penal.

Desde el punto de vista de la eficacia del sistema de clemencia como instrumento de detección de cárteles, no cabe duda de que un sistema que proteja a los solicitantes del riesgo de imposición de sanciones penales es más eficaz que un sistema que no incluya tal protección. Porque, además, el riesgo de penas de prisión para los administradores tiene un efecto directo en la decisión de la empresa de solicitar clemencia<sup>47</sup>.

En cualquier caso, el mero hecho de ser imputado por un delito puede acarrear graves consecuencias en la esfera privada de una persona, incluso aunque finalmente sea absuelta. Ésta es la razón fundamental por la que los sistemas de clemencia en los Estados Unidos y en el Reino Unido prevén que la inmunidad administrativa conlleva también inmunidad penal para sus directivos y empleados.

Ahora bien, el sistema de clemencia en España no contempla tal extensión. De hecho, el Libro Blanco así lo dice expresamente<sup>48</sup>. Por tanto, el sis-

---

<sup>45</sup> HAMMOND señala que el beneficio que se deriva del hecho de extender el sistema de inmunidad a los directivos en los Estados Unidos no radica en el número de solicitudes individuales que pueden recibir las autoridades sino en el número de solicitudes que provoca por parte de las empresas. Porque la empresa que teme que sus directivos puedan solicitar clemencia está más predispuesta a solicitarla ella misma para evitar tal riesgo. S. HAMMOND, *op. cit.*

<sup>46</sup> Entendemos que no es posible evitar que se mencione en la resolución final que se le ha concedido clemencia a un directivo de una empresa implicada en un cártel puesto que el art. 38 RDC y los arts. 54 y 138.1 LRJ-PAC obligan al Consejo de la CNC, entre otras cosas, a explicar en sus resoluciones los fundamentos jurídicos de la decisión, incluyendo la razón para decidir no imponer o reducir el importe de la multa. Es decir, la confidencialidad prevista en el art. 51.1 RDC termina en este momento. Véase la comunicación de 2006, párrafo 39.

<sup>47</sup> S. HAMMOND, *op. cit.*; y P. LOWE, en B. HAWK (dir.), *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute 2006*, Juris Publishing, 2007, pp. 100-101. Por ejemplo, el Gobierno sueco decidió no proponer la penalización de las infracciones del Derecho de la competencia por la dificultad de proteger el imputado que colabore con la investigación contra sanciones penales. Se estimó que la criminalización sin conceder tal protección a los solicitantes de clemencia hubiera tenido un efecto neto negativo sobre las posibilidades de detectar e investigar cárteles. C. NORGRÉN, en B. HAWK (dir.), *op. cit.*, pp. 54-55.

<sup>48</sup> Libro Blanco, párrafo 138.



tema de clemencia previsto en la LDC sólo protege al solicitante —y es su caso a los directivos y representantes legales— contra las multas administrativas, pero no se extiende ni al ámbito civil, ni al ámbito penal. Ciertamente, el Libro Blanco no explica el motivo por el que se ha descartado expresamente la posibilidad de extender la clemencia administrativa al ámbito penal, pero entendemos que no puede ser otro que el hecho de que el cártel o el acuerdo anticompetitivo no esté tipificado como delito —a diferencia de lo que ocurre en el Derecho británico y estadounidense en los que sí lo está.

En nuestro país, la discusión sobre la relación entre la LDC y el Código Penal (CP) ha girado siempre en torno a la posible aplicación a los cárteles del art. 262 CP —sobre la alteración de precios en concursos y subastas públicas—, del art. 281 CP —sobre la retirada del mercado de materias primas o de productos de primera necesidad— o del art. 284 CP —sobre la alteración de precios—. No es difícil imaginar circunstancias en las que los hechos constitutivos de una infracción del art. 1 LDC pudieran reunir también los requisitos de estos preceptos; además, la doctrina ha señalado que estos arts. del CP sirven para tutelar bienes jurídicos muy parecidos a los protegidos por la LDC<sup>49</sup>.

Pero lo cierto es que, a día de hoy, en España el cártel no está tipificado como un delito y sólo se podría tratar de buscar un ámbito penal a través de los preceptos señalados, lo que explica que no se haya previsto la extensión al ámbito penal del sistema de clemencia administrativa.

## B. EL SISTEMA DE EXENCIÓN TOTAL DE LA MULTA

La posibilidad de eximir a una empresa o a una persona física del pago de una multa en virtud de lo dispuesto en el art. 65 LDC exige que sea la primera en aportar pruebas que permitan a la CNC ordenar una investigación domiciliaria o acreditar la existencia de una infracción del art. 1 LDC. Y se destaca que sólo es posible conceder la exención total de la multa a una sola empresa o persona física, lo cual generará el llamado «efecto carrera» de tratar de ser el primero en proporcionar pruebas e información sobre el cártel a la CNC.

### a) *Permitir ordenar una inspección domiciliaria*

El art. 65.1.a) LDC establece que la CNC eximirá a una empresa o persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle siempre que:

<sup>49</sup> C. SUÁREZ GONZÁLEZ, en G. RODRÍGUEZ MOURULLO (dir.), *Comentarios al Código Penal*, Civitas, 1997, pp. 742, 810 y 818. Los arts. 262, 281 y 284 CP permiten la imposición de penas de prisión y multas y, en caso del art. 262 CP, la inhabilitación para contratar con las Administraciones Públicas. Además, el art. 31 CP prevé que un administrador puede ser responsable de los actos realizados en representación de una persona jurídica.

*i)* sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la CNC, le permitan ordenar una inspección domiciliaria en relación con un cártel; *ii)* la CNC todavía no disponga de elementos suficientes para ordenar la inspección<sup>50</sup>.

Para obtener la inmunidad, la calidad de los elementos de prueba que el solicitante deberá aportar no tiene que ser muy alta. Proporcionar información sobre la identidad de los participantes en el presunto cártel, sobre su objeto y sobre los productos y territorios afectados debiera ser suficiente a estos efectos, según se infiere indirectamente del art. 13.3 del Reglamento de Defensa de la Competencia aprobado por el Real Decreto 281/2008 (RDC).

El último momento deberá ser siempre anterior al pliego de concreción de hechos, según se desprende del art. 47.2 RDC. Sin embargo, normalmente no será posible obtener la inmunidad absoluta prevista en el art. 65.1.a) LDC después de la realización de una inspección domiciliaria, puesto que lo previsible será que la CNC haya dispuesto ya de pruebas suficientes para llevarla a cabo.

#### b) *Permitir comprobar una infracción*

El art. 65.1.b) LDC prevé, a su vez, que la CNC eximirá a una empresa o a una persona física del pago de la multa que hubiera podido imponerle siempre que: *i)* sea la primera en aportar elementos de prueba que, a juicio de la CNC, le permitan comprobar una infracción del art. 1 LDC; *ii)* la CNC no disponga aún de elementos de prueba suficientes para ello.

La calidad de las pruebas que el solicitante ha de proporcionar para obtener la inmunidad prevista en el art. 65.1.b) LDC es aquí mucho mayor dado que, para demostrar tal infracción, será necesario tener acceso a pruebas documentales sobre los acuerdos y contactos entre los miembros del cártel. Los apartados 5.3 y 5.4 de las Indicaciones Provisionales de la CNC sobre la tramitación de solicitudes de clemencia (las «Indicaciones Provisionales») contienen varios ejemplos del tipo de pruebas que el solicitante deberá aportar<sup>51</sup>. Una solicitud de clemencia que no venga avalada con pruebas documentales incriminatorias y recientes de los hechos que se pretenden demostrar (las llamadas *smoking guns*) pocas veces cumplirá con el requisito en el art. 65.1.b) LDC.

<sup>50</sup> La comunicación de 2006 es más exigente que el art. 65.1.b) LCD, al requerir que la información aportada permita a la autoridad realizar una inspección «oportunamente orientada» sobre el presunto cártel. Ello implica que el solicitante deberá informar a la autoridad sobre qué documentos debe buscar durante la inspección domiciliaria y dónde se encuentran. S. SUURNÄKKI y M. L. TIerno CENTELLA, «Commission adopts revised Leniency Notice to reward companies that report hard-core cartels», *EC Competition Policy Newsletter*, núm. 1, 2007, p. 8.

<sup>51</sup> Las indicaciones se han publicado en la página web de la CNC, pero carecen de valor normativo. Por ello, no deben imponerse obligaciones a los solicitantes que no estén al menos implícitas en la LDC o la RDC.



No obstante, siempre será necesario evaluar el valor probatorio de las pruebas en su conjunto, y a la luz de la naturaleza y de la complejidad del cártel. Por ejemplo, será más difícil acreditar la existencia de un cártel cuyo ámbito de actividad y cuyos partícipes hayan ido cambiando que una colusión entre dos licitadores en un contrato público. Entendemos que el art. 65.1.b) LDC [de la misma forma que el apartado 1.a) del mismo artículo], al prever que las pruebas aportadas deberán ser suficientes «a juicio» de la CNC, simplemente reconoce que la valoración de las pruebas no es una ciencia exacta y que la autoridad dispone de un cierto margen de discrecionalidad en su análisis<sup>52</sup>.

En fin, a la vista de la calidad de las pruebas exigidas, puede resultar difícil o incluso imposible para algunas empresas —y para muchas personas físicas— cumplir con los requisitos del art. 65.1.b) LDC. De hecho, si los miembros del cártel han sido muy cautelosos, tal vez ni siquiera existan pruebas incriminatorias<sup>53</sup>.

Cabe destacar, finalmente, que lo habitual será que quien solicite clemencia en virtud del art. 65.1.b) LDC lo haga inmediatamente después de haber tenido una inspección domiciliaria. Si la solicitud se ha presentado con anterioridad, normalmente cumplirá con los requisitos del apartado 1.a) del art. 65 LDC. Sin embargo, si se presenta después, hay que tener en cuenta que la inspección se puede haber practicado en más de una empresa y que es probable que varias de ellas soliciten clemencia, en cuyo caso el periodo para poder obtener inmunidad total será muy corto, puesto que únicamente el primer solicitante podrá conseguirla. Por otra parte, si la inspección ha sido exitosa, la CNC no precisará obtener más pruebas para acreditar la existencia de una infracción, en cuyo caso nadie podrá obtener la inmunidad absoluta de multas prevista en el art. 65 LDC.

### C. EL SISTEMA DE REDUCCIÓN DEL IMPORTE DE LA MULTA

Las empresas o personas físicas que no reúnan los requisitos para obtener la exención total de la multa prevista en el art. 65 LDC pueden obtener, no obstante, una reducción de hasta el 50 por 100 del importe de la multa que hubiera debido corresponderles si aportan pruebas que dispongan de valor añadido significativo con respecto a las que ya obren en poder de la autoridad. A ello se refiere el art. 66.1 LDC.

Las razones para no haber conseguido obtener una inmunidad total podrían ser, o bien que ya se hubiera concedido a una empresa o persona

<sup>52</sup> Obviamente, discrecionalidad no implica arbitrariedad, estando la CNC obligada a motivar su decisión de conceder o no la inmunidad de multas a un solicitante. Véase el pie de página núm. 46 *supra* y las SSTs de 5 de diciembre de 1990 y de 29 de septiembre de 1988.

<sup>53</sup> Sin embargo, algunos autores destacan que la alta calidad de pruebas exigidas para obtener inmunidad de multas supone un incentivo para almacenar pruebas incriminatorias sobre el cártel con el fin de mantener abierta la posibilidad de solicitar clemencia. E. ZOIDO, *op. cit.*, pp. 73-74.

física, o bien que los elementos de prueba aportados en la solicitud no cumplieran con los criterios del art. 65 LDC. Además, en ningún caso cabría conceder una exención total de la multa, sino únicamente una reducción de su importe, en los casos en los que el solicitante hubiera adoptado medidas tendentes a obligar a otras empresas a participar en el cártel [vid., el art. 65.2.d) LDC]<sup>54</sup>.

El concepto de pruebas que aporten valor añadido se recoge en el art. 49.2 RDC, que dispone que «se entenderá que aportan un valor añadido significativo aquellos elementos de prueba que, ya sea por su naturaleza, ya por su nivel de detalle, permitan aumentar la capacidad de la Comisión Nacional de Competencia de probar los hechos de que se trate». Según la comunicación de 2006, se concederá más valor a las pruebas escritas contemporáneas e inculpativas. Asimismo, se atribuirá mayor valor a las pruebas que no necesitan confirmación de otras fuentes<sup>55</sup>.

Si de las pruebas aportadas por el solicitante se derivan hechos adicionales con repercusión directa en el importe de la multa, el art. 66.3 LDC prevé que ello será tenido en cuenta por la CNC al determinar el importe de la multa correspondiente a dicha empresa o persona física. Aunque la redacción es poco afortunada, lo que se quiere decir es que *no* se tomarán en cuenta estos hechos adicionales para aumentar la multa<sup>56</sup>. Y es que no hay que olvidar que la finalidad de la «exención parcial» en el art. 66.3 LDC es incentivar a los solicitantes a que aporten a la CNC toda la información de que dispongan sobre el cártel, y no sólo las pruebas necesarias para cumplir con el requisito de «valor añadido significativo» del art. 66.1 LDC<sup>57</sup>.

Existen tres niveles de reducción del importe de la multa que dependen exclusivamente del orden de la recepción de la solicitud de reducción de la multa:

- El primer solicitante podrá beneficiarse de una reducción de entre el 30 y el 50 por 100.
- El segundo de una reducción de entre el 20 y el 30 por 100.
- Y los sucesivos solicitantes de una reducción máxima de hasta el 20 por 100.

Un aspecto importante a tener en cuenta es que, una vez que se haya presentado una solicitud de reducción de multa, a los demás miembros del

<sup>54</sup> Sin embargo, cabe resaltar que las condiciones previstas en los apartados 2.a), 2.b) y 2.c) del art. 65.2 LDC son también de aplicación a las solicitudes de reducción del importe de la multa [véase el art. 66.1.b) LDC]. Por tanto, un solicitante de exención que no cumpla con tales condiciones tampoco podrá obtener la reducción de la multa en virtud del art. 66 LDC. Véase, decisión de la Comisión Europea, de 20 de octubre de 2005 en el asunto COMP/C.38.281/B.2, *Tabaco crudo Italia*, párrafos 461-471.

<sup>55</sup> Comunicación de 2006, párrafo 25.

<sup>56</sup> Comunicación de 2006, párrafo 26; y A. MARTÍNEZ SÁNCHEZ, en J. MASSAGUER, J. FOLGUERA, J. M. SALA ARQUER y A. GUTIÉRREZ (dirs.), *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson-Civitas, 2008, p. 706.

<sup>57</sup> S. SUURNÄKKI y M. L. TIerno CENTELLA, *op. cit.*, p. 12.



cártel les será cada vez más difícil aportar pruebas que comporten un valor añadido significativo, puesto que las pruebas a disposición de la CNC mejorarán con cada solicitud de reducción. Por ejemplo, si la CNC estimara que dispone de pruebas suficientes después de la primera solicitud de reducción, podría ser imposible obtener una reducción del segundo o del tercer nivel.

Cabe destacar, por último, que el art. 66 LDC no prevé ningún método para fijar el porcentaje exacto de la reducción del importe de la multa dentro de los umbrales previstos en cada nivel. En ausencia de tal clarificación en la Ley o en la RDC, parece razonable utilizar el sistema establecido en el párrafo 26 de la comunicación de 2006, es decir, tomar en consideración tanto la fecha en la que fueron comunicados los elementos de prueba como el grado de valor añadido que comporten.

#### D. ATENUANTE POR COOPERACIÓN CON LA CNC FUERA DEL SISTEMA DE CLEMENCIA

Aunque no forme parte del sistema de clemencia, resulta conveniente mencionar también la posibilidad de obtener una reducción del importe de la multa simplemente por cooperar de forma «activa y efectiva» con la CNC durante la tramitación del procedimiento sancionador, y ello en virtud de lo dispuesto en el art. 64.3.d) LDC.

Ahora bien, nótese que este precepto sólo es de aplicación «fuera de los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa regulados en los arts. 65 y 66 de esta Ley».

¿Qué quiere ello decir? Si analizamos la disposición comunitaria equivalente sobre atenuantes por colaboración con la autoridad de competencia contenida en las directrices comunitarias para el cálculo de las multas, ello significaría que la aplicación de este atenuante sería posible en todos los supuestos, excepto en los casos de cárteles, puesto que a ellos es de aplicación el sistema de clemencia comunitario<sup>58</sup>. Es decir, un miembro de un cártel que no cumpla con los requisitos necesarios para obtener una exención o una reducción de la multa pero que haya cooperado de manera activa y efectiva con la Comisión Europea normalmente no recibiría, en el ámbito comunitario, una reducción de la multa por tal cooperación. Ello sólo sería posible en casos especiales<sup>59</sup>.

Es muy probable que el art. 64.3.d) LDC se interprete de la misma manera, si bien nada impediría que se trate de incluir también los supues-

<sup>58</sup> Sentencia del TPI en el asunto T?15/02, *BASF AG c. Comisión Europea*, Rec. 2006, p. II-497, apartados 585-586.

<sup>59</sup> Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/C.38.281/B.2, *Tabaco crudo Italia*, párrafos 385-398. Al no cumplir con las obligaciones del sistema de clemencia, se le privó del mismo, si bien la empresa pudo beneficiarse de una reducción del 50 por 100 de la multa que hubiera debido corresponderle por apreciarse, como atenuante, su cooperación con la Comisión Europea.

tos de cárteles cuando no se hayan podido beneficiar de un sistema de clemencia por no reunir los requisitos necesarios para ello (por ejemplo, por no disponer las pruebas que cabría aportar de ningún valor añadido para la autoridad de competencia).

En cualquier caso, no es descartable que la CNC, en línea con la Comisión Europea, conceda reducciones significativas del importe de la multa con arreglo al art. 64.3.d) LCD a las empresas (o directivos) que aporten pruebas incriminatorias y colaboren con la Dirección de Investigación de forma similar a la de un solicitante de clemencia —siempre que no se limiten a cumplir con sus obligaciones legales derivadas del art. 39 LDC—<sup>60</sup>.

### 3. TRAMITACIÓN DE LAS SOLICITUDES DE CLEMENCIA EN LA LDC

#### A. REQUISITOS FORMALES

Para obtener la exención o reducción del pago de la multa prevista en los arts. 65 o 66 LDC es preceptivo presentar una solicitud formal de clemencia. Los arts. 46.1 y 50.1 RDC señalan que estos procedimientos deberán iniciarse a instancia de la empresa o de la persona física que presente tal solicitud. La Dirección de Investigación no está facultada para incoar el procedimiento de oficio<sup>61</sup>.

El art. 46.3 RDC contiene los requisitos formales que las solicitudes de clemencia deberán cumplir. Son los mismos para los supuestos de exención y de reducción del importe de la multa (el art. 50.1 RDC se remite al art. 46.3 RDC) y se aplican tanto a las solicitudes formuladas por empresas como a las que realicen las personas físicas. Las Indicaciones Provisionales detallan en el apartado 36 la información que se deberá aportar junto con la solicitud. Básicamente, el solicitante deberá proporcionar:

- Un escrito firmado dirigido a la Unidad de Cárteles y Clemencia de la Dirección de la CNC (o a la autoridad autonómica que corresponda) solicitando la exención y/o reducción del pago del importe de la multa.
- La información prevista en los apartados 3.a), 3.b), 3.c) y 3.e) del art. 46 RDC, a saber, datos sobre el solicitante y sobre los demás

<sup>60</sup> Decisión de la Comisión Europea en el asunto COMP/35.706, *PO Nintendo Distribution*. Este caso versó sobre una práctica vertical, ajena por ello al ámbito de aplicación del programa de clemencia comunitario. No obstante, a uno de los distribuidores de Nintendo se le redujo la multa un 40 por 100 y a Nintendo un 25 por 100, en ambos casos debido a su colaboración con la Comisión Europea y a la aportación voluntaria de pruebas importantes sobre la infracción.

<sup>61</sup> No obstante, nada impide a la Dirección de Investigación recomendar a una empresa o a un directivo que haya aportado pruebas importantes sobre un cártel, sin presentar una solicitud formal de clemencia, a que la presente cuanto antes para poder beneficiarse de los arts. 65 y 66 LDC.



miembros del cártel (tanto empresas como personas físicas); una descripción detallada del mismo especificando sus objetivos, actividades, funcionamiento, productos, servicios y territorio afectados, su duración estimada y la naturaleza del cártel; y la relación de solicitudes de clemencia presentadas a otras autoridades de competencia, en su caso. Tal información se denomina en la práctica comunitaria la «declaración de la empresa» (*corporate statement*).

- Otros elementos de prueba de que disponga sobre el cártel, en particular pruebas que pueden acreditar su existencia [apartado 3.d) del art. 46 RDC].

El requisito más oneroso para el solicitante de clemencia es, obviamente, la obligación de aportar estas pruebas. Deberá, en principio, aportar todas las pruebas sobre el cártel que obren en su poder en el momento de presentar la solicitud. En la práctica, para asegurar el cumplimiento de esta obligación, resulta conveniente realizar una investigación interna en la empresa antes de presentar la solicitud de clemencia. El deber de cooperación del solicitante conlleva que se realice con seriedad y buena fe. No obstante, la comunicación de 2006 señala que las investigaciones internas no deben tener un grado de exhaustividad tal que puedan provocar que trascienda la intención de solicitar clemencia a terceros<sup>62</sup>. Entendemos que ello está implícito también en el art. 52.e) RDC. Pero, al mismo tiempo, debe advertirse que del art. 52.a) LDC se infiere también la obligación de facilitar a la CNC, sin ninguna dilación, toda la información sobre el cártel que no conociera en el momento de la solicitud.

## B. PRESENTACIÓN DE LA SOLICITUD

La solicitud de clemencia debiera presentarse siempre en el registro de la autoridad de competencia, central o autonómica, a la que se dirija la petición. Ciertamente, se puede presentar también en cualquier otro registro de la Administración, pero el art. 46.4 RDC prevé que el orden de recepción vendrá determinado por su entrada en el registro del órgano de competencia. El art. 46.4 también establece que el solicitante tiene derecho a solicitar un recibo en el que figure la fecha y hora de entrada en el registro de la autoridad de competencia.

Las Indicaciones Provisionales contienen más detalles sobre la presentación de la solicitud. Recomiendan que se presenten en sobre cerrado dirigido, en el caso de la CNC, a la Unidad de Cárteles y Clemencia de la Dirección de Investigación para garantizar su confidencialidad. También se recomienda que se presente original y copia. Tras haber abierto la solicitud y cotejado ambos, la Unidad de Cárteles y Clemencia de la Dirección de

<sup>62</sup> Comunicación de 2006, párrafo 9, S. SUURNÄKKI y M. L. TIERNO CENTELLA, *op. cit.*, p. 8.

Investigación entregará al solicitante una copia íntegra de su solicitud y el recibo de la Unidad, si así lo ha solicitado.

Sin embargo, cabe recordar que las Indicaciones Provisionales no tienen valor normativo. Por ello, entendemos que la CNC no podrá rechazar una solicitud de clemencia que se presente de forma distinta mientras cumpla con los requisitos previstos en la LDC, la RDC y la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y las normas que la desarrollan<sup>63</sup>.

En fin, la Unidad de Cárteles y Clemencia de la CNC ha habilitado dos números de teléfono específicos para el programa de clemencia a los que se pueden dirigir los solicitantes para obtener ayuda sobre la presentación de una solicitud de clemencia. En la práctica comunitaria es habitual que el solicitante, o sus abogados, contacten con la Unidad de Cárteles de la Comisión Europea antes de la presentación formal de la solicitud.

En cuanto al momento de presentar las solicitudes de clemencia, el art. 47.2 RDC establece que las de exención no pueden presentarse después de la fecha de la notificación del pliego de concreción de hechos; en cambio, las solicitudes de reducción del importe de la multa sí pueden presentarse después, aunque en este caso sólo podrán ser aceptadas por la Dirección de Investigación en determinadas circunstancias (art. 50.3 RDC). Convendría tener en cuenta, no obstante, que lo más probable es que no se admitan tras el pliego de cargos, puesto que la Dirección de Investigación tenderá a considerar que en ese momento ya dispone de la información y de las pruebas necesarias para poder formular su propuesta de resolución ante el Consejo de la CNC.

## C. TRAMITACIÓN DE LA SOLICITUD

### a) *Solicitudes de exención*

La Dirección de Investigación examinará las solicitudes de exención, siguiendo su orden de recepción, para comprobar si cumplen las condiciones previstas en el art. 65.1 LDC. Al primer solicitante que cumpla estos criterios se le concederá clemencia condicional (art. 47.1 RDC). Ello significa que deberá seguir cumpliendo con su deber de cooperación durante todo el procedimiento para que la exención condicional se convierta en definitiva en la resolución que dicte el Consejo de la CNC que ponga fin al procedimiento.

Si la solicitud no cumpliera con los criterios de exención, o si se hubiera presentado fuera de plazo, el art. 47.2 RDC prevé que la Dirección de

<sup>63</sup> Véase el Real Decreto 772/1999, de 7 de mayo, por el que se regula la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones ante la Administración General del Estado, la expedición de copias de documentos y devolución de originales y el régimen de las oficinas de registro.



Investigación la rechazará, notificándosele al solicitante. Al recibir la notificación de rechazo, el solicitante podrá elegir entre desistir de su solicitud de clemencia y retirar la información y las pruebas presentadas, o pedir que se examine como una solicitud de reducción de importe de la multa<sup>64</sup>. Lo que parece más recomendable será que se solicite a título principal la exención total y, subsidiariamente, la reducción del importe de la multa. Además, aunque se presente tardíamente, no hay que olvidar que los posibles solicitantes anteriores podrían no haber presentado pruebas suficientes o incumplir con su deber de cooperación —por lo que el solicitante tardío aún podría obtener una exención.

Ahora bien, en el supuesto de que el solicitante decidiera retirar su solicitud y sus pruebas, el art. 47.2 RDC deja claro que ello no impedirá a la CNC hacer uso de sus poderes de investigación para obtener las pruebas de nuevo.

Por otra parte, si el motivo del rechazo de la solicitud fuera que la infracción no constituye un cártel en el sentido de la DA 4.<sup>a</sup> LDC, no sería posible reconvertir la solicitud de exención en una solicitud de reducción del importe de la multa, por razones obvias.

El RDC no establece un plazo máximo para la resolución del procedimiento de exención. Sin embargo, la decisión de conceder (o no) la exención condicional deberá tomarse cuanto antes. La rapidez favorece la predictibilidad y la eficacia del sistema<sup>65</sup>. No obstante, no parece que resulte aplicable el plazo de tres meses previsto en el art. 42.2.b) LRJ-PAC a la vista de la obligación de la CNC, contenida en el art. 47.3 RDC, de concluir el examen de cada solicitud de exención antes de examinar las siguientes. Si la CNC recibiera varias solicitudes de exención en poco tiempo sobre el mismo cártel, podría ser difícil —si no imposible— para la autoridad examinar todas ellas en el plazo de tres meses<sup>66</sup>.

En el caso de que la Dirección de Investigación estimara que las circunstancias no justifican la incoación de un expediente sancionador, se debiera informar de ello al solicitante, en línea con lo previsto en el sistema comunitario, a través de una carta (*no-action letter*)<sup>67</sup>. Tal carta no implica un rechazo de la solicitud y no impide la incoación de un expediente en el futuro en relación con el supuesto cártel. Ahora bien, en ese caso, el solicitante no debería perder su puesto en el orden de recepción de solicitudes. Además, entendemos que estas cartas no interrumpirían el plazo de prescripción de las sanciones previsto en el art. 68.2 LDC.

---

<sup>64</sup> Entendemos que el art. 90.1 LRJ-PAC admite el desistimiento de una solicitud de clemencia en cualquier momento del procedimiento.

<sup>65</sup> En la práctica comunitaria, el tiempo entre la recepción de la solicitud y la concesión de exención condicional no suele ser superior a un par de semanas. B. VAN BARLINGEN y M. BARENNEs, *op. cit.*, p. 7.

<sup>66</sup> El Tribunal Supremo ha sido reacio a aplicar determinados plazos muy breves previstos en el Derecho administrativo común al procedimiento en materia de defensa de la competencia por entender que se trata de un ámbito muy específico. Véase STS de 31 de marzo de 2004.

<sup>67</sup> B. VAN BARLINGEN y M. BARENNEs, *op. cit.*, p. 12.

La decisión final sobre la concesión de inmunidad corresponde al Consejo de la CNC, que se pronunciará sobre la propuesta de la Dirección de Investigación en la Resolución que ponga fin al procedimiento sancionador.

Del art. 47.4 RDC se infiere que el Consejo, más que examinar de nuevo si se han cumplido los requisitos sustanciales para obtener la exención —contenidos en los arts. 65.1.a) o 65.1.b) LDC—, se debiera limitar a analizar si el solicitante ha cumplido con las obligaciones que se derivan del art. 65.2 LDC. Sin embargo, debiera existir un cierto automatismo por parte del Consejo en aceptar, salvo que haya existido un error manifiesto, la propuesta de la Dirección de Investigación, y ello en beneficio de la previsibilidad y de la eficacia del sistema.

El sistema de clemencia de la LDC ha previsto también la figura denominada «indicador de puesto» o «reserva de puesto» (*markers*). La finalidad de ello, que se contempla también en la comunicación de 2006, es permitir que el solicitante proteja su posición en el orden de registro de las solicitudes mientras recaba los elementos de prueba que deberá aportar para que se acepte la exención.

El art. 46.5 RDC prevé, en ese sentido, que cabe presentar la solicitud de exención y solicitar al mismo tiempo que se confiera al solicitante un plazo para la presentación de los elementos probatorios del cártel. Obviamente, se deberá aportar toda la información requerida —la prevista en los apartados 3.a), 3.b), 3.c) y 3.e) del art. 46 RDC— excepto los elementos de prueba. Si se presentan las pruebas dentro de este plazo, se entenderá que la fecha de la solicitud de exención será la de la solicitud inicial<sup>68</sup>.

En cualquier caso, hay de tener en cuenta que el art. 46.5 RDC establece que la Dirección de Investigación podrá conceder tal plazo «previa petición motivada del solicitante», por lo que también podrá denegarla. Por ejemplo, podría no conceder tal plazo adicional si el solicitante no pudiera justificar los motivos por los que ya no dispone de las pruebas o por los que considere que resulta improbable que pueda encontrarlas.

#### b) *Solicitudes de reducción*

En lo que se refiere a las solicitudes de reducción de la multa, se tramitan de forma muy similar a las de exención, es decir, siempre respetando el orden de recepción en el Registro de la CNC. Es importante tener en cuenta que únicamente el primer solicitante —empresa o persona física— que facilite pruebas de valor añadido significativo podrá beneficiarse del nivel

<sup>68</sup> En la práctica comunitaria, el plazo concedido al solicitante para completar su solicitud con las pruebas pendientes no suele superar unos días o, como máximo, unas semanas. J. FAULL y A. NIKPAY, *op. cit.*, p. 817.



de reducción más alto del importe de la multa (30-50 por 100). Y tan sólo el segundo podrá obtener una reducción de entre 20-30 por 100. Los demás podrán obtener una reducción máxima del 20 por 100.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento de exención, no está previsto que la Dirección de Investigación pueda conceder clemencia condicional. Por tanto, una vez presentada, informará al solicitante, a más tardar en el momento de notificar el pliego de concreción de hechos, sobre la propuesta que presentará al Consejo aceptando o rechazando la solicitud de reducción (el art. 50.5 RDC).

Ello implica que un solicitante de reducción del importe de la multa podrá seguir aportando pruebas hasta, al menos, la fecha en la que se le notifique el pliego de concreción de hechos. Ahora bien, si su primera aportación de pruebas no fue suficiente para aportar un valor añadido significativo, correrá el riesgo de que otro solicitante se le adelante para obtener el mejor nivel de reducción de la multa. Por otra parte, entendemos que nada impide que cuando un solicitante se haya asegurado un determinado nivel de reducción del importe de la multa (30-50 por 100, 20-30 por 100 o > 0-20 por 100), pueda seguir aportando pruebas para aumentar el porcentaje de la reducción, si bien únicamente dentro del intervalo que le corresponda<sup>69</sup>.

En fin, el art. 50.7 RDC señala que el Consejo fijará el porcentaje de reducción aplicable a cada empresa o persona física en la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador. Aunque el texto del art. no lo señala expresamente, es muy probable que éste compruebe también que los solicitantes han cumplido con las obligaciones previstas en el art. 66.1.b) LDC, si bien entendemos que en ningún caso debiera tratarse de un segundo análisis, sino más bien de una comprobación meramente formal.

### c) *Solicitudes especiales*

La LDC prevé también la posibilidad de que se puedan presentar peticiones verbales y solicitudes abreviadas. Ambos tipos de solicitudes tienen sus equivalentes en la comunicación de 2006. Sin embargo, lamentablemente, no se ha previsto la posibilidad de presentar «solicitudes hipotéticas», es decir, solicitudes que permitan a una empresa contactar con la autoridad de competencia para informarse, sin revelar su identidad, de si es posible obtener clemencia en relación con un cártel de un determinado mercado explicando de forma general las pruebas de que dispone. Ello sí se prevé, en cambio, en la comunicación de 2006 [párrafo 15.b)].

Se ha estimado, por algunos, que este sistema puede dar lugar a abusos, ya que aunque la autoridad de competencia confirmase que es posible obtener clemencia, podría no llegar a presentarse la solicitud. Creemos, sin

<sup>69</sup> B. VAN BARLINGEN y M. BARENNE, *op. cit.*, pp. 14-15.

embargo, que esta desconfianza es exagerada. Si la autoridad en un caso concreto no confiase en la seriedad del solicitante, siempre podría negarse a darle una respuesta. Además, se podría emplear un modelo similar al sistema de clemencia holandés, en el que el abogado que contacte con la autoridad de competencia en nombre de un solicitante hipotético debe asumir la responsabilidad de que el solicitante presente la solicitud de clemencia si la respuesta de la autoridad es afirmativa. En cualquier caso, este sistema, que nos parece muy beneficioso, siempre se podrá instaurar en España de manera informal.

### i) Solicitudes verbales

Los arts. 46.2 y 50.1 RDC prevén que la Dirección de Investigación, a petición del solicitante, podrá aceptar solicitudes de clemencia verbales. La razón por la que se ha previsto esta modalidad no es baladí, ya que de esta forma se protege a los solicitantes contra el riesgo de que su solicitud sea utilizada en los Estados Unidos por los agraviados por el cártel que reclamen una indemnización por daños y perjuicios.

En efecto, las diligencias preliminares en el Proceso Civil estadounidense permiten al demandante exigir que el demandado aporte cualquier documento que pueda resultar relevante para el litigio (*pre-trial discovery*). Obviamente, la información detallada sobre el cártel contenida en una solicitud de clemencia puede resultar esencial para demostrar la infracción del Derecho de la Competencia, así como el «papel» desarrollado por el solicitante. Sin embargo, al realizar una petición verbal, el solicitante no tiene que redactar ningún documento que pueda ser objeto de *discovery*. Por ello, la posibilidad de presentar una solicitud de clemencia verbal es importante para no desincentivar que las empresas soliciten clemencia en aquellos cárteles que pudieran dar lugar a procesos civiles de reclamación de daños y perjuicios en los Estados Unidos (o en otros países con sistemas de *discovery* similares como, por ejemplo, el Reino Unido)<sup>70</sup>.

No obstante, entendemos que, al igual que ocurre en el sistema comunitario, es muy probable que la posibilidad de presentar una solicitud verbal sólo se limite a la declaración del solicitante y no a las pruebas<sup>71</sup>, si bien nada obsta para defender también lo contrario. Además, si la Dirección de Investigación estimara que no existe un riesgo real de reclamaciones de daños y perjuicios en países que permiten el *discovery*, podría no aceptar la presentación de una solicitud verbal.

<sup>70</sup> K. NORDLANDER, «Discovering Discovery: US Discovery of EC Leniency Statements», *European Competition Law Review*, núm. 10, 2004, p. 644; y C. S. KERSE y N. KAHN, *EC Antitrust Procedure*, Sweet & Maxwell, 5.ª ed., 2005, pp. 421-422. Estos autores advierten, no obstante, que el sistema de declaración verbal no siempre protege contra el riesgo de que el documento sea el objeto de *discovery*.

<sup>71</sup> B. VAN BARLINGEN, «The European Commission's 2002 Leniency Notice after one year of operation», *EC Competition Policy Newsletter*, núm. 2, 2003, p. 20.



En fin, los arts. 46.2 y 50.1 RDC prevén que la declaración verbal será grabada y registrada por la CNC. Nada se dice, en cambio, sobre el momento que se tomará en consideración a efectos del orden de recepción de solicitudes: el de la declaración o el del registro (posterior) de la transcripción. Entendemos que debiera ser el primero, por motivos obvios —lo contrario podría tener efectos muy graves para el solicitante, dado que un tercero podría haber presentado una solicitud antes del registro de la transcripción—. Entendemos que la Comisión Europea considera que la fecha de la presentación de la solicitud verbal coincide con la de la declaración<sup>72</sup>.

## ii) Solicitudes abreviadas de exención

Por último, el art. 48 RDC permite a una empresa que haya presentado o vaya a presentar una solicitud de exención ante la Comisión Europea presentar también una solicitud abreviada ante la CNC. La finalidad de esta regla es facilitar la presentación de múltiples solicitudes de clemencia para el caso de que, finalmente, no sea la Comisión Europea la que se ocupe del procedimiento sancionador, sino una o más autoridades nacionales de competencia.

Si, atendiendo a las reglas sobre cooperación entre las autoridades de competencia europeas<sup>73</sup>, fuera la CNC la autoridad que investigara el caso, el solicitante deberá completar la solicitud abreviada con toda la información y todas las pruebas pendientes dentro de un plazo de diez días.

## D. OBLIGACIONES DEL SOLICITANTE DE CLEMENCIA

Para obtener clemencia no basta con presentar la información y las pruebas contempladas en los arts. 65 y 66 LDC. El solicitante deberá cumplir también con otras condiciones, onerosas y continuas, durante todo el procedimiento ante la CNC. En particular, deberá estar dispuesto a colaborar de manera muy estrecha con la Unidad de Cárteles y Clemencia de la Dirección de Investigación hasta que el Consejo de la CNC dicte resolución poniendo fin al procedimiento. El incumplimiento de cualquiera de las condiciones que abordaremos a continuación implicará la no concesión de clemencia, sea cual sea la calidad de las pruebas que se hayan aportado.

<sup>72</sup> Comunicación de 2006, párrafo 32. Véase también el documento de la Comisión Europea: «Draft procedure for corporate statements made for the purpose of obtaining immunity from fines or reduction of fines in cartel cases» (2006, disponible en Internet; <http://ec.europa.eu/comm/competition/cartels/legislation>). párrafo 8.

<sup>73</sup> Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red de Autoridades de Competencia, *DOUE*, núm. C101/43 (27 de abril de 2004), párrafo 14.

a) *Deber de cooperación*

El art. 65.2.a) LDC dispone que el solicitante de exención deberá cooperar «plena, continua y diligentemente» con la CNC a lo largo de todo el procedimiento administrativo de investigación [el art. 66.1.b) señala que esta condición también se aplica a los solicitantes de reducción del importe de la multa]. El TJCE ha señalado que ello es intrínseco al sistema de clemencia, y que sólo se deberá conceder tal beneficio cuando «el comportamiento de la empresa de que se trate revele un auténtico espíritu de cooperación por parte de ésta»<sup>74</sup>.

El art. 52 RDC establece que se entenderá que el solicitante habrá cumplido con esta obligación cuando, a lo largo de todo el procedimiento, haya cumplido con los requisitos siguientes:

- i) «Facilite sin dilación a la Dirección de Investigación toda la información y los elementos de prueba relevantes relacionados con el presunto cártel que estén en su poder o a su disposición».

Y es que la obligación de presentar información y pruebas ante la CNC no termina con la presentación de la solicitud de clemencia. Cuando, tras la presentación de la solicitud, se encuentre otra prueba o más información sobre el cártel, deberá ser presentada cuanto antes ante la Dirección de Investigación.

- ii) «Quede a disposición de la Dirección de Investigación para responder sin demora a todo requerimiento que pueda contribuir al esclarecimiento de los hechos».

Muchas veces los elementos de prueba no son fáciles de comprender o de situar en su contexto sin contar con la explicación de las personas que hayan participado en el cártel. Por ello, se prevé que la Dirección de Investigación pueda pedir información al respecto al solicitante de clemencia.

- iii) «Facilite a la Dirección de Investigación entrevistas con los empleados y directivos actuales de la empresa y, en su caso, con los directivos anteriores».

El deber de facilitar entrevistas con estas personas tiene, en parte, la misma finalidad que la obligación anterior. Sin embargo, la comunicación verbal puede ser útil no sólo para aclarar hechos, sino también para proporcionar nuevas pruebas que pueden ser importantes para demostrar la infracción. Por ello, no resulta recomendable en absoluto despedir a los empleados implicados en un cártel, dado que podría dificultar el cumplimiento de esta condición. Aunque es importante tener en cuenta también que los directivos que hayan participado en un cártel pueden tener intereses

<sup>74</sup> Sentencia del TJCE en el asunto C-301/04, *Comisión Europea c. SGL Carbon*, Rec. 2006, p. I-5915, párrafo 68.



distintos de los de su empresa y rechazar hacer declaraciones que pueden ser autoinculpatorias con la finalidad de eludir su responsabilidad personal. Entendemos que ello no debería interpretarse como un incumplimiento de la condición.

Por otra parte, es evidente que esta condición no es de aplicación a las solicitudes de clemencia presentadas por los directivos y/o representantes legales de una empresa. Bastará con que ellos mismos se presenten ante la Dirección de Investigación para tales entrevistas.

- iv) «Se abstenga de destruir, falsificar u ocultar información o elementos de prueba relevantes relativos al presunto cártel.»

Cualquier acto de destrucción, falsificación u ocultación de información o de pruebas relevantes por parte del solicitante se considera un grave incumplimiento del deber de cooperación. Naturalmente, ello deberá ser acreditado por la Dirección de Investigación<sup>75</sup>. Dada la gravedad de estas conductas, su comisión no sólo implicará que no se le conceda clemencia al autor, sino que puede constituir una infracción autónoma de obstrucción a la labor de inspección —prevista en el art. 62.2.e) LDC—, además de un agravante a la hora de determinar el importe de la multa con arreglo al art. 64.2.d) LDC. En lo que se refiere a la falsificación de pruebas, se ha señalado en alguna ocasión que un solicitante de clemencia podría tener incentivos para ello para poder cumplir con los requisitos de la calidad de la prueba que exigen los arts. 65 y 66 LDC.

- v) «Se abstenga de divulgar la presentación de la solicitud de exención o de reducción del importe de la multa, así como el contenido de la misma, antes de la notificación del pliego de concreción de hechos o del momento que, en su caso, se acuerde con la Dirección de Investigación.»

La finalidad principal de esta condición es impedir que los demás partícipes del cártel obtengan información sobre la solicitud de clemencia y, con ello, se origine un riesgo de destrucción u ocultación de pruebas. El solicitante deberá obtener autorización expresa de la Dirección de Investigación para divulgar que ha presentado una solicitud de clemencia a un tercero antes de la notificación del pliego de concreción de hechos.

Para poder asegurar el cumplimiento de esta condición, una empresa sólo deberá informar de ello a los empleados que, necesariamente, tengan que conocer la solicitud. Además, como ya se ha señalado, cualquier investigación interna para obtener pruebas deberá realizarse con discreción.

<sup>75</sup> Ahora bien, la Comisión Europea ha señalado que el hecho de que un empleado haya destruido pruebas sin el conocimiento de la empresa no basta para estimar que se ha incumplido esta condición. MEMO/06/469, 7 de diciembre de 2006, «Competition: revised Leniency Notice, frequently asked questions». En cambio, en España, al poder ser multados individualmente los directivos, el riesgo de una acción de este tipo podría ser más elevado por el interés que podrían tener en destruir pruebas sobre el cártel para ocultar su responsabilidad personal y, de esta forma, evitar las multas previstas en el art. 63.2 LDC y/o una eventual responsabilidad penal.

La Comisión Europea, que aplica una regla parecida en su sistema de clemencia, es consciente de que algunas empresas tienen la obligación legal de informar sobre hechos de este tipo, por ejemplo, por exigencias de la legislación sobre el mercado de valores. En estos casos, el solicitante deberá ponerlo en conocimiento de la autoridad de competencia para encontrar una solución adecuada que evite que la solicitud se haga pública antes de que ésta haya procedido a realizar una inspección domiciliaria en la sede de los demás miembros del cártel<sup>76</sup>.

Un ejemplo de incumplimiento de este deber de no divulgación sucedió en el cártel de tabaco crudo en Italia. La Comisión Europea concedió una exención condicional a Deltafina, pero el presidente de esta compañía informó a los demás miembros del cártel sobre su colaboración con la Comisión durante la reunión de una asociación empresarial y antes de que la Comisión hubiera efectuado una inspección domiciliaria en las empresas miembros del cártel. Por haber incumplido la condición de no divulgar la solicitud de clemencia, la Comisión revocó la inmunidad condicional e impuso a Deltafina una multa de 30 millones de euros<sup>77</sup>.

Respecto a los directivos que hayan solicitado clemencia a título personal, parece claro que el deber de no divulgar la existencia de la solicitud les impide informar a su empresa sobre la solicitud de clemencia, ya que ésta podría destruir u ocultar pruebas sobre el cártel que no estén a disposición del solicitante particular. Distinto es el impacto que semejante obligación puede tener sobre el directivo, al que ya nos hemos referido.

#### b) *Deber de poner fin a su participación en la infracción*

Los arts. 65.2.b) y 66.1.b) LDC obligan a cesar toda participación en el cártel en el momento en el que se solicite clemencia. Se entiende, pues, que no procede conceder clemencia a quien persista en infringir la Ley<sup>78</sup>.

Ahora bien, la finalización abrupta de todos los contactos con los demás miembros del cártel puede provocar que éstos, temiendo que se haya producido una solicitud de clemencia, destruyan u oculten pruebas. Con la finalidad de minimizar este riesgo, el art. 65.2.b) LDC prevé que la CNC pueda ordenar al solicitante que continúe participando en el cártel con el fin de preservar la eficacia de una posterior inspección domiciliaria en las empresas partícipes del mismo.

El plazo durante el cual la Dirección de Investigación podría estimar oportuno que se continúe participando en las actividades del cártel debería

<sup>76</sup> B. VAN BARLINGEN y M. BARENNEs, *op. cit.*, pp. 12-13.

<sup>77</sup> Decisión de la Comisión Europea de 20 de octubre de 2005 en el asunto COMP/C.38.281/B.2, *Tabaco crudo Italia*, párrafos 441-460. Sin embargo, véase el pie de página núm. 59 *supra*.

<sup>78</sup> En la práctica de la Comisión Europea, la persistencia en una infracción tras las inspecciones domiciliarias ha sido considerada como un factor agravante a la hora de fijar el importe de la multa. Decisión de la Comisión Europea en el Asunto COMP/F-1/38.121, *Empalmes*.



ser muy corto. En la práctica comunitaria, la Comisión Europea normalmente realiza la inspección domiciliaria en un plazo no superior a dos o tres semanas desde la recepción de la solicitud de clemencia; cualquier demora aumenta el riesgo de filtraciones.

Obviamente, esta posibilidad ha originado una gran controversia. Algunos han señalado, incluso, que la potestad de la Administración de condicionar la concesión de la clemencia al hecho de exigir que el solicitante continúe participando en el cártel es incompatible con la Constitución<sup>79</sup>.

En fin, cabe resaltar también que la Comisión Europea ha señalado que tal obligación de continuidad no supone que persista la infracción por parte del solicitante<sup>80</sup>. Es decir, se estima que la terminación de la infracción se produce, a más tardar, con la presentación de la solicitud. Es probable (y deseable) que el Consejo de la CNC aplique la LDC de igual forma.

Cuando sean los directivos o los representantes legales los que soliciten clemencia a título personal, el deber de poner fin a su participación en el cártel presenta problemas especiales, ya que será muy difícil que puedan dejar de participar en las reuniones del cártel sin explicar en su empresa las razones de ello. Por otra parte, obligarles a seguir participando en tales actividades, ocultando a su empresa que están colaborando con la CNC, puede resultar todavía más difícil.

c) *Deber de no destruir pruebas ni revelar la intención de solicitar clemencia*

La obligación de no destruir pruebas o de no revelar la existencia de una solicitud de clemencia es exigible desde el momento en que se haya presentado la solicitud. No obstante, el art. 65.2.c) LDC clarifica que el solicitante tampoco podrá destruir elementos de prueba ni revelar a terceros —distintos de las autoridades de competencia— su intención de presentar una solicitud de clemencia antes de haber procedido a ello. En la práctica comunitaria, se considera que esta condición es exigible desde el momento en el que el solicitante contemple pedir clemencia<sup>81</sup>.

d) *No haber obligado a otras empresas a participar en el cártel*

Por último, el art. 65.2.d) LDC señala que no se podrán beneficiar de la exención del pago de la multa los solicitantes que hayan adoptado medidas

<sup>79</sup> J. SORIANO, *La defensa de la competencia en España*, Iustel, 2007, pp. 214-218.

<sup>80</sup> S. SUURNÄKKI y M. L. TIERNO CENTELLA, *op. cit.*, p. 14.

<sup>81</sup> Comunicación de 2006, párrafo 12. Véase S. SUURNÄKKI y M. L. TIERNO CENTELLA, *op. cit.*, p. 13.

tendientes a obligar a otras empresas a participar en el cártel. En ese caso, sólo podrán obtener la reducción del importe de la multa prevista en el art. 66 LDC.

Ello está previsto también en el sistema comunitario y, según la doctrina, el nivel de prueba necesario para demostrar la «coacción» —que es el término que utiliza la comunicación de 2006— es alto<sup>82</sup>. En cambio, el «instigador» del cártel —es decir, la empresa que haya tomado la iniciativa de formarlo— sí puede obtener la exención total del pago de la multa<sup>83</sup>.

En fin, no pensamos que se pueda dar fácilmente esta situación, ya que lo normal es que las empresas decidan participar en un cártel por voluntad propia. Aunque también hay que tener en cuenta que ser el instigador del cártel se considera un agravante a la hora de fijar el importe de la multa [el art. 64.2.b) LDC]<sup>84</sup>.

#### E. PROTECCIÓN DE LA CONFIDENCIALIDAD

No cabe duda de que el mayor riesgo que afronta el solicitante de clemencia es que los perjudicados por el cártel le reclamen daños y perjuicios. La nueva LDC tiene, además, como uno de sus objetivos principales, fomentar la aplicación judicial —denominada también aplicación privada— de las normas de competencia, precisamente para fomentar las reparaciones de daños y perjuicios.

Pues bien, el Libro Blanco ya defendió que cuando se introdujera en nuestra legislación el sistema de clemencia, no se debería garantizar «la clemencia civil o penal» derivada de las infracciones de la LDC<sup>85</sup>. Y así ha sido. Sin embargo, tanto la LDC (como la RDC) contienen determinadas disposiciones sobre confidencialidad tendentes a impedir, al menos, que el solicitante de clemencia se encuentre en una situación peor que la de cualquier otro miembro del cártel que no haya colaborado con la CNC.

Precisamente por ello, el art. 51.1 RDC dispone que la presentación de la solicitud tendrá naturaleza confidencial, y que se formará pieza separada con todos los datos y documentos que se consideren confidenciales incluida, en todo caso, la identidad del solicitante.

No obstante, en la medida en que la CNC tendrá que utilizar los datos o documentos aportados por el solicitante para demostrar la infracción, deberá referirse a ellos en el pliego de concreción de hechos, pudiendo también los interesados acceder a ellos para contestarlo (arts. 51.2 RDC y 50.3

<sup>82</sup> J. FAULL y A. NIKPAY, *op. cit.*, p. 815. Véase la Sentencia del TPI en el asunto T-38/02, *Groupe Danone c. Comisión Europea*, párrafos 309-310.

<sup>83</sup> B. VAN BARLINGEN, *op. cit.*, p. 19.

<sup>84</sup> Resoluciones del Tribunal de Defensa de la Competencia en el Expte. 351/94, *Asoc. Tocoginecólogos España*; y Expte. 506/00, *Transporte Mercancía Vizcaya*.

<sup>85</sup> Libro Blanco, párrafo 138.



LDC). Si bien el apartado 3 del art. 51 RDC prevé que los interesados en ningún momento podrán obtener copias de las declaraciones realizadas por la empresa, que únicamente podrán leer.

Resulta, sin embargo, sorprendente que el derecho de acceso a la declaración de la empresa no se haya limitado a los destinatarios del pliego de concreción de hechos. Por lo que, en principio, cualquier interesado —en el sentido del art. 31 LRJ-PAC— que se haya personado en el expediente tendrá acceso a ella —incluso un cliente del solicitante que pretenda demandarle exigiendo daños y perjuicios tras la resolución de la CNC—. En contraste con esta situación, el sistema comunitario ofrece una protección muy superior, ya que sólo los destinatarios del pliego de cargos —es decir, las empresas imputadas en el procedimiento sancionador—, pueden acceder a las declaraciones realizadas por la empresa. Es decir, un denunciante —u otro interesado no imputado— que se haya personado en el expediente ante la Comisión Europea no tiene acceso a estos documentos<sup>86</sup>.

Ciertamente, para paliar esta situación cabría tratar de traer a colación el art. 43 LDC —que regula el deber de secreto al que están sometidos los que tomen parte en un expediente sancionador de la LDC—, pero hubiera sido deseable haberlo previsto, específicamente, al regular el sistema de clemencia. Por ejemplo, es muy posible que el art. 43 LDC no sea capaz de impedir que un interesado, que resida en el extranjero, utilice información obtenida en un procedimiento sancionador ante la CNC para una acción de resarcimiento de daños y perjuicios ante un órgano jurisdiccional también situado en el extranjero.

Por otra parte, cabe mencionar que la DA 2.<sup>a</sup> LDC, que introduce el art. 15 bis en la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil, ordena que el intercambio de información previsto entre los órganos jurisdiccionales y la CNC no podrá comprender datos y documentos obtenidos en los procedimientos de clemencia, protegiéndose de esta manera la confidencialidad, tanto de las declaraciones de la empresa, como la de los demás elementos de prueba aportados en las solicitudes de clemencia.

Finalmente, cabe esperar también que la CNC evite referirse en la versión pública de la resolución que ponga fin al procedimiento sancionador a los documentos y a las declaraciones aportadas por los solicitantes de clemencia.

## F. LA COORDINACIÓN ENTRE LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

Excede del objeto de este trabajo analizar las distintas reglas existentes de cooperación entre las autoridades de competencia de los Estados Miembros de la Unión Europea y los mecanismos de coordinación previs-

<sup>86</sup> Comunicación de 2006, párrafo 33.

tos entre la CNC y los órganos de defensa de la competencia de las Comunidades Autónomas<sup>87</sup>.

En cualquier caso, además de reiterar que cabe perfectamente presentar una solicitud de clemencia ante los organismos autonómicos de competencia, cabe señalar que estos últimos deberán comunicar siempre a la CNC las solicitudes de exención que reciban (como también lo deberá comunicar la CNC al órgano de competencia de una Comunidad Autónoma cuando las conductas denunciadas no afecten a un ámbito superior al de su comunidad).

También se ha previsto en el art. 53.3 RDC que si la aplicación 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 provocara un cambio de asignación de la autoridad competente, se reconocerá siempre la exención condicional que previamente se hubiera otorgado.

#### 4. BREVE REFERENCIA AL PROCEDIMIENTO DE TRANSACCIÓN (*SETTLEMENTS*)

No sería exagerado afirmar que la Comisión Europea ha sido víctima del enorme éxito —sin duda insospechado— del sistema de clemencia. Desde que se aplica el régimen de clemencia de 2002, la Comisión ha recibido más de 230 solicitudes de clemencia. Obviamente, al aumentar el número de cárteles descubiertos, se ha incrementado también el número de procedimientos sancionadores.

La investigación de un cártel es, además, una labor compleja, por el cúmulo de hechos que exige examinar y por estar normalmente implicadas un gran número de empresas. En ese sentido, resulta revelador que la Unidad de Cárteles de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, que dispone de cerca de setenta funcionarios, sólo haya resuelto siete casos de cárteles en el año 2006 y ocho en el 2007. La duración media de una investigación de un cártel es de unos tres o cuatro años. Además, la mayoría de las decisiones sobre cárteles son recurridas ante el TPI, lo que exige dedicar también importantes recursos a estos procedimientos. La conclusión de lo anterior es que la Comisión Europea no tiene capacidad material para investigar todas las solicitudes de clemencia que recibe<sup>88</sup>.

Pues bien, con la finalidad principal de agilizar el procedimiento y de liberar recursos de investigación, la Comisión ha adoptado recientemente

<sup>87</sup> En relación con la posibilidad de reasignación de asuntos entre las autoridades de competencia de los Estados Miembros en supuestos de clemencia, véase J. FAULL y A. NIKPAY, *op. cit.*, pp. 845-851.

<sup>88</sup> Véanse N. KROES, «The First Hundred Days», Ponencia de 7 de abril de 2005 (Comisión Europea, SPEECH/05/205); y P. LOWE, «Competition Policy Challenges in Europe», *George Mason Law Review*, núm. 6, 2006, p. 1191.



un procedimiento de transacción (*settlements*)<sup>89</sup>. El objeto es recompensar la cooperación de las empresas que contribuyan a agilizar el procedimiento iniciado en los casos de cártel, básicamente si aceptan renunciar a acceder al expediente y a la vista oral tras recibir el pliego de cargos. Si reconocen su participación en el mismo y admiten su responsabilidad, pueden obtener una reducción del 10 por 100 de la multa que se les imponga<sup>90</sup>.

Es importante observar que la diferencia fundamental entre el procedimiento de clemencia y el de transacción es que en el primero se premia el hecho de que se desvele la existencia de un cártel —siendo por ello una herramienta de investigación—, mientras que en el segundo se recompensa únicamente la cooperación en la tramitación del procedimiento, por lo que no se trata de un instrumento de investigación.

El punto de partida es que cualquier empresa —u operador económico— que haya participado en un cártel puede solicitar el inicio de conversaciones tendentes a llegar a una transacción, pero la Comisión Europea tiene plena discreción a la hora de decidir en qué casos considera oportuno hacerlo o incluso para interrumpir en cualquier momento las conversaciones que se hayan iniciado al respecto.

En las conversaciones que se inicien, la Comisión Europea informará a los solicitantes sobre los elementos esenciales del caso, como son los hechos que se les imputan, su calificación, los elementos probatorios de que dispone y una estimación del nivel en el que se situará la multa. De esta forma, las partes podrán formarse una opinión sobre la conveniencia o no de llegar a una transacción.

Si los progresos alcanzados hacen vislumbrar la posibilidad de llegar a un entendimiento común sobre el alcance del expediente y sobre la franja en la que podrían situarse las posibles multas, la Comisión concederá un plazo a la empresa para que presente una solicitud formal de transacción en la que, entre otras cosas, deberá: *i*) reconocer su responsabilidad por la infracción; *ii*) indicar el importe máximo de la multa que aceptaría en el

---

<sup>89</sup> Reglamento (CE) núm. 622/2008, de la Comisión por el que se modifica el Reglamento (CE) núm. 773/2004 en lo que respecta al desarrollo de los procedimientos de transacción en casos de cártel. El reglamento entró en vigor el 1 de julio de 2008; comunicación de la Comisión sobre el desarrollo de los procedimientos de transacción con vistas a la adopción de decisiones con arreglo a los arts. 7 y 23 del Reglamento (CE) núm. 1/2003, del Consejo en casos de cártel, *DOUE*, C167/1 (2 de julio de 2008). Véanse, además, K. MEHTA y M. L. TIerno CENTELLA, «Settlement procedure in EU cartel cases», *Competition Law International*, junio 2008, p. 11; y W. WILS, «The Use of Settlements in Public Antitrust Enforcement: Objectives and Principles» (junio 2008, disponible en Internet: <http://papers.ssrn.com>).

<sup>90</sup> La diferencia principal entre este procedimiento y la terminación convencional (*commitments*) prevista en art. 9 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 reside en que esta última no contempla la imposición de una multa. Por ello, se estima que la terminación convencional no es una manera óptima de poner fin a un procedimiento sancionador en los casos de cárteles. El nuevo sistema de transacciones, por otra parte, sólo se aplica a cárteles.

marco de una transacción; y *iii*) confirmar que no tiene previsto solicitar acceso al expediente ni ser oída en audiencia<sup>91</sup>.

Si el pliego de cargos que la Comisión notifique a las partes refleja el contenido de la solicitud de transacción, la empresa deberá confirmar su solicitud en un plazo de dos semanas. En estos casos, la Comisión Europea recompensará en su decisión final la cooperación de la empresa con una reducción de 10 por 100 del importe de la multa<sup>92</sup>.

No obstante, es importante resaltar que la Comisión Europea se reserva expresamente el derecho de remitir un pliego de cargos que no refleje el contenido de las solicitudes de transacción, es decir, que no coincida con las conversaciones mantenidas, incluso en la decisión final. En estos supuestos se considerará que la solicitud se ha retirado y la Comisión Europea no podrá utilizarla como prueba contra ninguna de las partes en el procedimiento.

Cabe destacar, por último, que el hecho de que una empresa haya optado por una transacción no le impedirá recurrir la decisión final de la Comisión Europea, aunque obviamente el número de recursos ante el TPI será más limitado, al haber reconocido la empresa su culpabilidad y la veracidad de los hechos imputados.

Aunque habrá que esperar a ver cómo funciona en la práctica el sistema transaccional antes de emitir un juicio definitivo, no podemos dejar de anticipar nuestras reservas sobre la forma en la que se ha configurado. Decimos esto porque, por ejemplo, no es infrecuente que el pliego de cargos contenga errores —de hecho y de derecho—, siendo en cambio las imputaciones que luego se reflejarán en el mismo lo que servirá de base para tratar de llegar a una posible transacción entre la Comisión Europea y las partes. Además, las reiteradas afirmaciones, por parte de la Comisión Europea, de que rechazará cualquier negociación sobre los cargos imputados —y de que sólo «escuchará» los argumentos de las partes— demuestran una falta de flexibilidad para retirar imputaciones —a cambio de una admisión de responsabilidad— que hará mucho menos atractivo el sistema desde el punto de vista del inculpado. Por último, consideramos también que la recompensa del 10 por 100 es demasiado reducida para constituir un incentivo suficiente.

Por otra parte, incluso se ha llegado a señalar que únicamente procederá concluir una transacción cuando todas o casi todas las partes inculpadas acepten formar parte de la misma<sup>93</sup>, en cuyo caso bastaría con que una de

<sup>91</sup> La confidencialidad de la solicitud de transacción está protegida por reglas equivalentes a las que se contemplan en el sistema de clemencia. Por ejemplo, es posible presentar solicitudes de transacción verbales.

<sup>92</sup> Además, la Comisión Europea no aplicará un factor multiplicador que exceda de dos a la hora de determinar un eventual incremento específico de la multa para garantizar un efecto disuasorio. Véanse las directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del art. 23, apartado 2, letra *a*), del Reglamento (CE) núm. 1/2003, *DOUE*, núm. C210/2 (1 de septiembre de 2006), párrafo 30.

<sup>93</sup> K. MEHTA y M. L. TIERNO CENTELLA, *op. cit.*, p. 12.



ellas lo rechace para desencadenar el retorno al procedimiento normal, entorpeciendo así la finalidad del procedimiento transaccional de agilizar el procedimiento sancionador. Además, precisamente por existir intereses divergentes entre las partes inculpadas en el procedimiento sancionador, lo habitual será que algunos tengan incentivos para entrar en una transacción y, en cambio, que otros no los tengan en absoluto<sup>94</sup>.

Cabe destacar, por último, que la discrecionalidad absoluta de la Comisión para apartarse de la transacción en el pliego de cargos, e incluso en la decisión final, supone un elemento distorsionador que socava claramente la relación de confianza que debería presidir en este procedimiento entre las partes imputadas y la Comisión Europea.

A la vista de lo anterior, pensamos que la regla general seguirá siendo que las empresas optarán por rebatir las imputaciones de la Comisión Europea, en lugar de acudir al procedimiento de transacción.

En fin, si el sistema español de clemencia tuviera un éxito parecido al que ha tenido el comunitario no cabe descartar que el legislador considere necesario adoptar también en España un procedimiento similar de transacciones<sup>95</sup>. De hecho, al disponer la CNC de un plazo máximo de dieciocho meses para tramitar el procedimiento sancionador, la «presión» a la que se verá sometida será incluso mayor que la que tiene la Comisión Europea. En cualquier caso, habrá que ver todavía si los procedimientos de transacción que acaba de introducir la Comisión Europea terminan teniendo un éxito similar al que han tenido los sistemas de clemencia. Aunque, como hemos señalado, somos algo escépticos al respecto.

## 5. CONCLUSIÓN

Una de las reformas de mayor calado que, siguiendo la estela comunitaria, ha introducido la nueva LDC es la incorporación a nuestra legislación de competencia de la figura del «beneficio del chivato» (o «programa de clemencia»), consistente en recompensar a las empresas que han formado, o que forman parte de un cártel secreto, por denunciarlo.

Es obvio que los programas de clemencia «se han inventado» por la enorme dificultad que tienen las autoridades de competencia para descubrir

---

<sup>94</sup> Por ejemplo, es posible que las empresas imputadas que hayan obtenido una exención condicional o una reducción significativa de la multa tengan un incentivo para llegar también a transacción. Estas empresas ya han elegido cooperar con la autoridad y la posibilidad de obtener una reducción adicional de 10 por 100 del importe de la multa en virtud de la transacción puede ser la continuación lógica de tal cooperación (la empresa que haya obtenido una exención condicional puede tener interés de llegar a una transacción para minimizar el importe de la multa en el caso de que su inmunidad le fuera revocada). No obstante, las empresas imputadas en el mismo expediente que no hayan obtenido clemencia tienen, normalmente, incentivos muy distintos.

<sup>95</sup> Como en el sistema comunitario, la terminación convencional entre la CNC y los presuntos infractores en virtud del art. 52 LDC no permite la imposición de multas. Sólo es posible imponer multas en una resolución con arreglo al art. 53 LDC.

los cárteles secretos. Motivo por el cual se ha pensado: «démole una recompensa a quien lo denuncie, y así los descubrimos». Es decir, se trata de una pura herramienta para descubrir los cárteles secretos y para desincentivar la aparición de nuevos cárteles.

Sus ventajas, para la autoridad de competencia, son fundamentalmente dos: en primer lugar, que se trata de un instrumento muy útil para acabar con cárteles existentes, que son muy difíciles de descubrir, y además sin ningún coste administrativo; aunque, obviamente, para que funcione, el solicitante tendrá que estar convencido de que *i*) existe un riesgo elevado de que pueda ser descubierto y *ii*) de que el «castigo», si ello ocurre, podría ser muy gravoso (porque, si no piensa ninguna de estas dos cosas, parece que no tiene sentido que se autoinculpe). Y la segunda gran ventaja que tiene este instrumento, desde el punto de vista del interés público, es que su efecto disuasivo es tremendo, puesto que simplemente el saber que existen, retrae la tentación de crear un cártel, y si ya existe, lo desestabiliza, por la desconfianza que genera entre los partícipes el riesgo de chivatazo.

Ahora bien, para los solicitantes de clemencia, aunque el sistema comporta la ventaja de obtener una inmunidad total o parcial de la multa que hubiera debido corresponderles, tiene también inconvenientes: en primer lugar, y sobre todo, el hecho de que la inmunidad se extiende únicamente a las multas, pero no cubre las posibles demandas de daños y perjuicios que cabe reclamar contra el autor de una práctica anticompetitiva; es más, casi al contrario, el reconocimiento de haber participado en la infracción facilita este tipo de demandas. Y en segundo lugar, otro inconveniente (aunque probablemente menor), es el efecto moral negativo que tiene el hecho de que habiendo participado varias empresas en un cártel, el solicitante de clemencia se libere de la multa, y en cambio sus compañeros de viaje sean sancionados a pesar de que todos ellos han infringido en igual medida la LDC (aunque, en contra de este argumento, sus detractores dicen —y pensamos que algo de razón tienen— que no puede instaurarse una «cultura de honor» entre infractores).

Veremos, no obstante, cómo funciona el sistema en España —si bien todo parece indicar que será tan exitoso como lo está siendo en el ámbito comunitario y en los demás países en los que se ha instaurado—. Y veremos, también, si el procedimiento de transacción que acaba de aprobar la Comisión Europea tiene también tan buena acogida —si bien aquí somos menos optimistas al respecto, porque la reducción de la multa del 10 por 100 nos parece claramente insuficiente y por el enorme margen de discrecionalidad que se ha reservado la Comisión Europea en la tramitación del procedimiento.





# SEPARACIÓN FUNCIONAL Y SEPARACIÓN ESTRUCTURAL DE REDES Y SERVICIOS EN LOS SECTORES ELÉCTRICO Y DE LAS TELECOMUNICACIONES. RECIENTES PROPUESTAS DE LA COMISIÓN EUROPEA

Sergio PÉREZ SAIZ\*

Técnico Comercial y Economista del Estado  
Subdirección de Sociedad de la Información, Dirección  
de Investigación  
Comisión Nacional de Competencia

La liberalización de sectores con acceso restringido a la competencia es una política que ha ocupado un lugar preferencial a nivel mundial en el diseño de políticas económicas de las últimas décadas. Dos de los sectores estrella en esta política liberalizadora han sido telecomunicaciones y el sector eléctrico.

El proceso de apertura de estos dos sectores ha sido largo y tedioso, continuando en la actualidad: liberalización, privatización, desintegración o separación vertical, regulación, defensa de la competencia, desregulación<sup>1</sup>, etc. La Comisión Europea ha establecido recientemente un nuevo hito en este proceso con nuevas propuestas en materia de separación funcional y estructural en los sectores eléctricos y de telecomunicaciones.

Partiendo de este contexto, el presente artículo tiene por objeto analizar desde la óptica de la regulación económica el instrumento regulatorio de la separación, en el sector eléctrico y de telecomunicaciones. El enfoque se complementa con un análisis histórico y de la evidencia empírica más actual, así como del impacto del progreso tecnológico.

---

\* Las opiniones mantenidas en el presente artículo son de carácter estrictamente personal y no comprometen, ni tan siquiera indirectamente, a la Comisión Nacional de Competencia.

<sup>1</sup> En palabras de FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ (1999), «desregular» sería el proceso de apertura económica resumen de los anteriores, consistente en: liberalizar un sector (permitiendo la libre entrada de terceros); privatizar (y en su caso desintegrar verticalmente) el anterior monopolio de propiedad pública; regular de manera *ex ante* el comportamiento de dicho sector; y por último, vigilar de manera *ex post* con una política defensa de la competencia.



## 1. REGULACIÓN Y COMPETENCIA: EN EL CAMINO DE LA SEPARACIÓN FUNCIONAL Y ESTRUCTURAL DE REDES Y SERVICIOS

### A. EL PROCESO OPTIMIZADOR DEL REGULADOR: ELEMENTOS SUSTANTIVOS A CONSIDERAR EN LA REGULACIÓN DE LAS INDUSTRIAS EN RED

El proceso regulatorio puede ser visto como un proceso optimizador más, en el que las autoridades de política económica maximizan unos objetivos hallando una solución regulatoria óptima. En una primera aproximación, dichos objetivos podrían ser los siguientes:

#### a) *Respeto a los derechos de propiedad*

Sin el respeto de los derechos de propiedad no es posible que el marco regulatorio sea justo. En esta consideración se incluiría el derecho a que operadores incumbentes ya privatizados no vean expropiadas sus redes y otras infraestructuras necesarias para la prestación del servicio eléctrico y de telecomunicaciones.

Mención aparte está el derecho de todo Estado a la privatización, separación o creación de una nueva entidad a partir de parte de las infraestructuras de un operador estatal, de manera que el servicio público es prestado por el Estado de manera directa. Por tanto, el respeto de los derechos de propiedad debe ser relativizado en el caso de sectores regulados con fuerte intervención estatal.

En este sentido, ARIÑO (2004) realiza un análisis sobre el respeto de los derechos de propiedad basado en autores clásicos de teoría económica; nos encontramos con que el derecho de propiedad (entendido como o define el Código Civil, como el «derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes») es uno de las condiciones indispensables para que se den transacciones económicas y, por tanto, condición indispensable para el desarrollo económico.

#### b) *Competencia*

El logro de la competencia perfecta debe ser uno de los objetivos del regulador. La condición de precio aceptación, en contraposición al monopolio u oligopolio fijador de precios, permite alcanzar un equilibrio de mercado que además es eficiente (óptimo paretiano), con independencia de consideraciones distributivas, de acuerdo al primer teorema del bienestar.

El monopolio es doblemente ineficiente. De un lado, el monopolio tiene ineficiencia asignativa, ya que los consumidores demandarían a más cantidad de producto gracias a menores precios, situación mejor que la de monopolio, con precios más altos y menor cantidad consumida.

De otro, el monopolio produce en general de manera más ineficiente por la falta de presión competitiva. De esta manera, se utilizan peores tecnologías, no se optimiza la producción con los factores existentes por lo que los costes son más elevados, etc.

### c) *Eficiencia*

No obstante lo anterior, el logro de la competencia perfecta es en ocasiones irrealizable. Por un lado, existen «fallos de mercado», es decir, aspectos de su funcionamiento que distan de las condiciones que definen una economía de mercado. Por otro lado, existen no convexidades en las tecnologías de producción, algo que sucede cuando, por ejemplo, existen economías de escala (cuando los costes medios disminuyen con el nivel de producción). Cuando sucede esto, lo tecnológicamente eficiente es que exista un único productor en un mercado, lo que lleva a que necesariamente exista regulación. En este caso, nuestro monopolio sería natural, en el sentido que pese a la libre entrada, lo óptimo desde el punto de vista de la producción es que exista un único productor.

### d) *Fomento de la inversión*

La inversión es una de las componentes de la demanda agregada más volátil y, por tanto, con más efecto en el ciclo económico. Es además, uno de los principales determinantes de la creación de empleo, y en el largo plazo y con pleno empleo, constituye la única vía de crecimiento al aumentar la productividad marginal de los trabajadores y contribuir al progreso tecnológico.

Más allá de los determinantes de la inversión, largamente estudiados por la teoría económica, para el caso de sectores regulados existen otras componentes, relacionadas con el marco regulatorio, tales como los precios mayoristas de acceso a la red del incumbente (si son demasiado bajos facilitan la entrada pero no incentivan la inversión del incumbente ni la de los entrantes, si son demasiado altos son anti-competitivos aunque incentivan la inversión), la incertidumbre regulatoria ante un cambio de reglas futuro, el rigor de autoridades regulatorias y de defensa de la competencia en la aplicación de medidas que contravengan la exclusión de los competidores por parte del incumbente, etc.



## B. UNA NUEVA REGULACIÓN

### a) *El inicio del proceso desregulador. La nueva concepción de servicio público*

A partir de los años ochenta se produce un cambio de paradigma en el concepto de servicio público<sup>2</sup> y su regulación que viene a romper el concepto de servicio público con más de un siglo de tradición.

El concepto tradicional de servicio público (ARIÑO ORTIZ, 2004) se refería a la prestación al público de un servicio de carácter esencial, de titularidad estatal, en régimen de monopolio, con prestación directa o indirecta por el Estado (en este último caso mediante concesión administrativa) y con un procedimiento de derecho público. Así se gestionaron durante muchos años el servicio postal, telefónico, los ferrocarriles, transporte aéreo de pasajeros, el suministro de aguas y de electricidad, etc., en la inmensa mayoría de los países desarrollados<sup>3</sup>.

Aunque la opinión generalizada asocia el germen de este movimiento a las políticas económicas de Ronald Reagan (*Reaganomics*)<sup>4</sup> y de Margaret Thatcher, lo cierto es que desde los años sesenta, y al hilo del aumento del peso y la intervención del sector público en las economías, diversos economistas en los Estados Unidos, muchos de ellos ligados a la escuela de Chicago (STIGLER, FRIEDMAN, etc.) comienzan a preguntarse por la racionalidad económica de la fuerte reglamentación y carácter monopolístico de diversos servicios. La crisis económica de los setenta y primeros ochenta y su especial incidencia en los Estados Unidos y el Reino Unido, provocaron el trasvase de esta doctrina de las aulas a los despachos de los gestores de política económica, recién elegidos y dispuestos por el apoyo de su electorado a transformar las economías.

Así pues, a partir de los años ochenta (ARIÑO ORTIZ, 2004), se pasa de este concepto de servicio público a los conceptos de «servicio de interés general» y «servicio universal»; de una asunción por el Estado de todo el servicio a que sólo los servicios «esenciales» son de prestación obligatoria y universal; de una reserva al Estado y, en su caso, concesión administrativa con libertad de empresa nula al 100 por 100<sup>5</sup> a una libertad de empresa

<sup>2</sup> Ver el excelente manual de ARIÑO ORTIZ, 2004, y el proceso histórico de las telecomunicaciones en LÓPEZ GARRIDO, 1989.

<sup>3</sup> Siguiendo a ARIÑO ORTIZ, 2004, los llamados servicios públicos asistenciales (sanidad, educación, beneficencia, cultura, etc.) no son servicios públicos en el sentido estricto, ya que no concurren en ellos la exclusividad regalística (titularidad de la administración sobre la función o actividad de que se trate), ni tienen tendencia al monopolio (a menudo suponen el ejercicio de las libertades públicas, como en educación y sanidad). En realidad, se trata de prestaciones a la colectividad que tratan de satisfacer necesidades de tipo humano y no económico.

<sup>4</sup> Ver LÓPEZ GARRIDO, 1989, cap. 4, para entender el detalle del movimiento desregulador de la administración Reagan.

<sup>5</sup> El art. 128 de la Constitución Española declara que «se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales,

no negada aunque limitada, y basada en el interés económico general (i.e. las ineficiencias de los viejos monopolios de titularidad pública pasan a contar en la función de bienestar a maximizar por los poderes públicos); de un régimen de derecho público, a un principio de competencia; de una obligación de servicio, a un acuerdo de suministro que viene acordado contractualmente entre empresa y cliente, sin más obligaciones que el servicio universal; y por último, de una tarifa uniforme, sujeta a subvenciones cruzadas (como consecuencia de la integración vertical) y sujeta al control del Estado, a precios sujetos a costes y en determinados casos, con presiones a la baja por las ganancias de eficiencia.

#### b) *Las industrias y economías de red*

De acuerdo a NEWBERRY (1999), las industrias en red (*network utilities*) están formadas por empresas que requieren una red fija para suministrar sus servicios, entre las que incluimos las industrias suministradoras de gas natural, electricidad, agua, ferrocarriles, telefonía fija, televisión por cable, amén de muchas otras surgidas más recientemente tales como la red de ADSL y la red de servicios de Internet de alta velocidad dentro de las llamadas «Redes de Nueva Generación»<sup>6</sup>.

Por «red» entendemos una infraestructura física compuesta por nodos y enlaces entre los primeros. De acuerdo con ECONOMIDES (2008), más allá de los rendimientos crecientes a escala (consecuencia de los elevados costes fijos) y del coste marginal de prestación del servicio nulo, las redes se caracteriza por un hecho con incidencia directa en su regulación: la complementariedad de nodos y enlaces. Esta complementariedad se traduce en la necesidad de incluir y de usar diversos elementos de la red simultáneamente. Por ejemplo, existe complementariedad en la producción (al requerirse de varios nodos, enlaces, servidores de contenidos, bases de datos, etc., para prestar un servicio) y en el consumo. Esta última se denomina externalidad positiva de red, o simplemente economía de red: la utilidad de un usuario de la red crece, *ceteris paribus*, a medida con el cuadrado del número de posibles destinatarios; esta externalidad puede hacer que la curva de demanda tenga pendiente positiva.

De acuerdo con ECONOMIDES (2008), las consecuencias de estas particularidades son las siguientes:

- En presencia de fallos de mercado (externalidades positivas o economías de red), la competencia perfecta es ineficiente: el beneficio

especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general».

<sup>6</sup> No confundir el concepto de industria en red aquí recogido con la configuración en red de muchos servicios y que no constituirían industrias en red de modo estricto. Tal es el caso de la *World Wide Web* o la estructura en red de correos. Son *network utilities* únicamente las que consisten de una red física a través de la cual se presta el servicio, y que requiere de una gran capilaridad para llegar al usuario final.



social marginal de la expansión de la red es superior que el que produce una incorporación de una pequeña empresa a la red aumentando la competencia.

- Guerras de *standards*: La creación de *standards* necesaria para que se produzca la interoperabilidad entre los diferentes elementos de la red y el beneficio de una sola red 100 por 100 interoperable hace que las industrias se vean abocadas a guerras de estándares propiedad de diferentes empresas con el objetivo último de que su estándar sea el dominante.
- El monopolio puede maximizar el bienestar total: En presencia de fuertes efectos de red, una gran plataforma propiedad de una única empresa que cree significativos efectos de red y por tanto beneficios a los consumidores, puede ser el óptimo paretiano.
- La libre entrada no lleva a competencia perfecta: En una economía en red, una vez que haya varios agentes con cuotas significativas de mercado, la libre entrada no da lugar necesariamente a nuevos competidores, situación que se produce sin que los establecidos realicen necesariamente acciones anticompetitivas.

No obstante esta proposición de ECONOMIDES, es necesario matizar que existen varias razones para negar los beneficios de la entrada de nuevos competidores. Por ejemplo, la existencia de diferenciación de productos conlleva la necesidad de más y diferentes operadores especializados en determinados colectivos o productos de «nicho». Por otro lado, una mala regulación que no explote al máximo las capacidades de la red (por ejemplo, que no habilite el necesario espectro proveniente de otros servicios obsoletos o con poco beneficio social) o que establezca barreras regulatorias adicionales a las que ya de por sí impone el mercado (tales como proceso lento y costoso de obtención de licencias), puede hacer que las empresas en red tengan beneficios muy superiores a los que deberían y que, por lo tanto, se produzcan trasvases de bienestar de los consumidores a las empresas, y que por tanto el equilibrio sea subóptimo.

- La naturaleza de la competencia es diferente en las industrias en red: Las externalidades de red demuestran que la competencia por ganar mercado prevalece sobre la competencia en el mercado. El hecho de que las industrias de red se caractericen porque el «ganador consigue todo», no significa que la competencia sea débil, y que este resultado no haya sido alcanzado mediante la libre competencia.

No obstante esta proposición de ECONOMIDES, es necesario resaltar la importancia de la política de defensa de la competencia en las industrias en red, especialmente para prevenir posibles abusos de posición de dominio de este operador dominante surgido como consecuencia de las características de la industria.

En relación a la defensa de la competencia en industrias en red, siguiendo a CUERDO MIR (2006), las resoluciones del TDC han tenido en

cuenta los beneficios sociales de dicha externalidad, pero no cuando dichos beneficios se ponen al servicio de prácticas colusorias. El autor resalta que son las mismas externalidades de red las que pueden favorecer mercados más transparentes y proclives a la colusión. El riesgo de colusión exige un tipo de red muy abierta que limite el riesgo de debilitamiento de la competencia referencial y de la competencia potencial. Es en este sentido cuando surge el concepto de gestor independiente de la red, íntimamente ligado a los conceptos de neutralidad, separación, y no discriminación.

### c) *La doctrina de las essential facilities y su aplicación a las industrias de red*

De acuerdo a MOTTA (2004), cualquier factor productivo que sea necesario para que todos los agentes de un mercado operen se denomina *essential facility*. Ejemplos de *essential facilities* son muy numerosos: en la telefonía fija, el bucle telefónico; en el sector aéreo, los *slots* aeroportuarios; en el sector energético, la red de distribución eléctrica.

En relación a las industrias en red, es a raíz del caso MCI/ATT entre dos operadoras de telecomunicaciones cuando se desarrolla las condiciones por las que los tribunales norteamericanos aplican la teoría de los recursos esenciales, en lo que se ha venido en llamar la «fórmula MCI», cuando se cumplen los siguientes requisitos: 1) control de un recurso esencial por parte de un monopolista; 2) imposibilidad para un competidor de reproducir el recurso; 3) negativa a autorizar el uso del recurso a un competidor; y 4) ausencia de motivos comerciales para denegarlo.

La aplicación de la doctrina a la regulación de las industrias de red de telecomunicaciones y del sector eléctrico no está tan clara por ser parte de ellos sectores regulados, si bien de acuerdo a la jurisprudencia anterior, queda patente el carácter *essential* de determinados elementos, como el bucle de abonado o la red de distribución eléctrica. En estos casos, el acceso a estas infraestructuras por parte de terceros se produce vía regulación como un derecho fundamental por parte de cualquier competidor que lo desee.

## C. EL INSTRUMENTO REGULATORIO DE LA SEPARACIÓN

### a) *Concepto*

El fenómeno de separación en regulación es un instrumento jurídico del que se vale el regulador para poder resolver los distintos problemas planteados y la necesidad de incentivar la inversión, la posibilidad de innovación y elevado progreso tecnológico, pero especialmente, la necesidad de dar



acceso a una única infraestructura (por tener rango de monopolio natural) que es además *essential* para todos los agentes.

La separación permite además mitigar notablemente los problemas de exclusión que los poseedores de la *facility* (los incumbentes con, normalmente, poder de mercado susceptible a ser utilizado para generar un abuso) tienen con otros clientes y proveedores.

Los conceptos de separación, desintegración e integración vertical son fundamentales desde el proceso de privatización de liberalización de los años ochenta.

La separación es un complejo proceso que podemos describir a través de varias preguntas:

- Qué separar: A lo largo de la cadena de suministro (cadena de valor), dónde se establecen las dos fronteras de la unidad a separar.
- Cómo separar: Es la cuestión más compleja. Surgen preguntas tales como los precios de interconexión (mayoristas), las condiciones de servicio (plazos, calidad, ubicación, etc.) entre la unidad separada y el resto, etc. Generalmente, se crea un nuevo modelo de negocio de la unidad separada (previamente integrada en la empresa objeto de regulación), aunque las condiciones anteriores habitualmente son heredadas del marco anterior. Es decir, ya existen, aunque deben ser matizadas a la nueva situación.
- Cuánto se separa: Los diferentes niveles de separación, desde la contable hasta la de propiedad.
- La evolución en el tiempo de la unidad separada: Al crearse una empresa en monopolio, ¿cómo depende esa unidad del progreso tecnológico de la industria?

## b) *Tipos de separación*

En cuanto a los tipos de separación, habitualmente existen tres grandes categorías: contable, funcional y estructural (o de propiedad), siendo la primera la separación más sencilla de todas sin que implique diferente mando o gestión. La separación funcional corresponde a nivel de unidad de negocio, separada del resto de la organización gracias a diferente *management*, objetivos, operaciones, etc.

En cuanto a la estructural o de propiedad, ésta corresponde con la separación total incluyendo una propiedad diferente, aunque algunos autores han distinguido varios subtipos adicionales (operacional, de propiedad conjunta y de propiedad, ver tabla a continuación).

Los incentivos para discriminar a terceros naturalmente se van reduciendo a medida que aumenta el grado de separación.

## TIPOS DE SEPARACIÓN VERTICAL Y SUS EFECTOS EN LA COMPETENCIA

Tipo de separación	Descripción	Ejemplos en el sector eléctrico y de telecomunicaciones
<b>Contable</b>	Contabilidad separada de las funciones específicas objeto de la separación, siguiendo una metodología predefinida.	Telefónica en la actualidad.
<b>Funcional</b>	Separación de los servicios en diferentes divisiones, posiblemente con diferente dirección, sistemas de información y prohibición de trasvases de información sensible.	Propuesta de la Comisión de noviembre de 2007 para el sector de telecomunicaciones.
<b>Estructural</b>		Red Eléctrica de España en distintos momentos de su existencia: <ul style="list-style-type: none"> <li>• REE como <i>spin-off</i> propiedad de las propias eléctricas.</li> <li>• REE en la actualidad.</li> </ul>
Operacional	Operaciones (aunque no la propiedad) del componente no competitivo bajo el control de una entidad independiente.	
Propiedad conjunta	Cada firma de la competencia posee una parte del componente no competitivo.	
De propiedad	Propiedad separada de los elementos competitivos y no competitivos.	

Fuente: Elaboración propia y GERADIN y KERF (2003), a partir a su vez de Sally VAN SIECLEN, «Privatization and deregulation of regulated industries and competition policy».

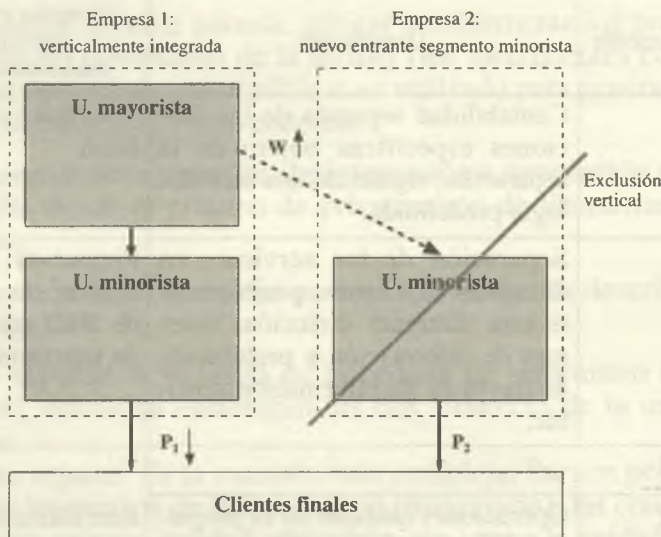
c) *Ventajas de la separación*

En primer lugar, la separación supone un remedio para la exclusión (*foreclosure*) vertical: como muestra la siguiente figura, la separación permite evitar los problemas de estrechamiento de márgenes (*price squeeze*) como consecuencia de un elevado precio de acceso a la red (precio mayorista) y un bajo precio minorista por parte del incumbente verticalmente integrado.

En segundo lugar, la separación permite resolver el problema de la creación de grandes monopolios integrados verticalmente que establecen un único precio de monopolista a los consumidores finales, incluyendo dentro de la función a maximizar las empresas aguas arriba integradas.



PROBLEMA DE LA EXCLUSIÓN VERTICAL  
(*vertical exclusion*)



Fuente: Elaboración propia.

d) *Inconvenientes de la separación*<sup>7</sup>

En primer lugar, la integración vertical permite reducir los costes de transacción entre las unidades. Por costes de transacción<sup>8</sup>, entendemos todo aquel necesario para la redacción y hacer cumplir los contratos, así como los costes de negociación, prevención de posibles contingencias, etc., entre dos empresas independientes relacionadas por negocio. Cuando los sectores son complejos (y por la existencia de racionalidad limitada por los agentes), los contratos no pueden prevenir todas las contingencias futuras por lo que existe un incentivo de las partes a un comportamiento oportunistas, con objeto de interpretar el contrato a su favor.

En segundo lugar, la integración permite asegurar el abastecimiento de *inputs*. La posibilidad de desabastecimiento se ha dado en numerosas industrias con gran dependencia por un único producto, tales como papeleteras, químicas o industrias del metal. Esta misma posibilidad ha llevado a la creación de técnicas avanzadas de gestión, como *just in time* para el caso de la industria automovilística.

<sup>7</sup> Con objeto de completar el análisis, se puede estudiar la evidencia empírica disponible. Entre muchos otros, ver F. LAFONTAINE y M. SLADE, M., «Vertical Integration and Firm Boundaries: The Evidence», *Journal of Economic Literature*, American Economic Association, vol. 45 (3), septiembre 2007, pp. 629-685; ENTER 2007 o IDATE 2008.

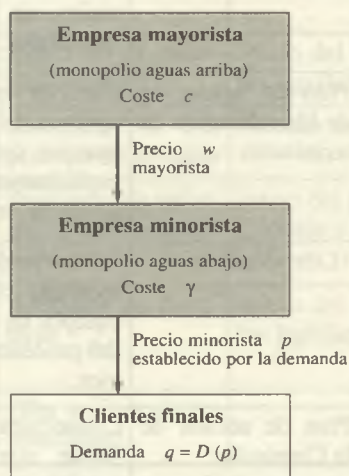
<sup>8</sup> Concepto original de R. H. COASE, «The Problem of Social Cost», en *Journal of Law and Economics*, 1960.

En tercer lugar, la integración permite mejorar la eficiencia en la producción (al producirse una asignación de *inputs* dentro de la empresa y no vía contratos con el exterior), y en general contribuye a resolver otros posibles problemas de optimización y/o de eficiencia, como es la internalización de externalidades negativas que surgen entre el proveedor de *inputs* y la empresa que los adquiere.

Estos dos efectos, junto con un marco regulatorio estable, permiten favorecer la inversión al tener la empresa integrada verticalmente un control muy elevado de sus *inputs*, y de sus recursos y procesos internos.

Por último, la existencia de dos monopolios separados en el mercado mayorista y minorista provoca el problema del doble margen del monopolista, problema originalmente analizado por SPENGLER (1950). Dadas dos empresas que gozan de cierto poder de mercado, en esta situación cada una de ellas añade un cierto *mark-up* al precio competitivo, tal y como muestra la siguiente figura.

PROBLEMA DEL DOBLE MARGEN MONOPOLISTA



Fuente: Elaboración propia a partir de REY y VERGÉ (2008).

## 2. LA SEPARACIÓN EN EL SECTOR DE TELECOMUNICACIONES

### A. PROPUESTAS DE LA COMISIÓN EUROPEA<sup>9</sup>

#### a) *Antecedentes: El proceso de liberalización de las telecomunicaciones en Europa*

Para entender las propuestas actuales es conveniente realizar un breve análisis histórico de la evolución de la política regulatoria de telecomunicaciones de la Comisión.

<sup>9</sup> Tratado de la Comunidad Europea, art. 2, creación del mercado interior como un medio para conseguir el desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades en el conjunto de la



En primer lugar, de acuerdo a ALABAU (2006), este proceso se ha basado en dos pilares básicos, el primero la eliminación de los monopolios<sup>10</sup> y el segundo la armonización de las legislaciones nacionales en esta materia<sup>11</sup>. Como en el caso de otras industrias, se produce un lento proceso de apertura como resultado del habitual pulso entre las pretensiones de la Comisión de materializar un mercado (liberalizado y único) de telecomunicaciones en Europa, con los Gobiernos interesados en proteger a sus monopolios estatales, en un contexto de creciente globalización, cambio tecnológico y presión internacional por liberalizar.

A continuación puede verse el resumen de este proceso:

<i>Etapa</i>	<i>Año</i>	<i>Hito</i>	
<b>1977-1986:</b> <b>Primeros pasos</b> para establecimiento mercado común de servicios y equipos de telecomunicaciones	1980	Propuesta de liberalización del mercado de terminales	Carácter introductorio, referencia a los mercados de terminales y necesidad de armonizar el desarrollo de servicios, sin cuestionar los monopolios nacionales.
	1984	Plan de actuación de liberalización de terminales	Carácter industrial, abordándose la apertura del mercado de los terminales, aunque defendiendo y preservando explícitamente los monopolios de Estado en la explotación de los servicios.
<b>1987-1988:</b> <b>Primer Marco Regulatorio</b> de las telecomunicaciones europeas	1987	«Libro Verde»	Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones, inicio del proceso de liberalización de servicios.
	1988	Plan de acción de la Comisión	Consecuencia del debate del Libro Verde, con objeto de liberalizar los servicios

Comunidad; art. 14, el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores para la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Además, las comunicaciones electrónicas tienen consideración de servicios económicos de interés general y, por tanto, sujetos al art. 16.

Título III. Libre circulación de personal, servicios y capitales. Los arts. 49 al 55 definen el marco general para la prestación de los servicios en el mercado interior.

Título IV, art. 86, las empresas encargadas de los servicios de interés económico general o que tengan carácter de monopolio quedan sometidas al Tratado en especial a las normas de la competencia y otorga a la Comisión el poder legislativo extraordinario necesario para garantizar lo anterior.

Título IV, art. 95, capacita al Parlamento y al Consejo para la adopción por mayoría cualificada de disposiciones relativas a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros con objeto de conseguir la consecución del mercado interior.

<sup>10</sup> En base al art. 86 del Tratado, y fue la Comisión Europea quien se ocupó de hacerlo en base a los poderes extraordinarios contemplados en dicho artículo.

<sup>11</sup> Ha sido llevado a cabo por el Parlamento y el Consejo en base al art. 95 que permite adoptar tales decisiones por mayoría cualificada desde la reforma del Acta Única de 1986.

<i>Etapa</i>	<i>Año</i>	<i>Hito</i>	
<b>1987-1988:</b> <b>Primer Marco Regulatorio</b> de las telecomunicaciones europeas	1993	Estrategia de liberalización telefonía vocal	Por influencia del GATS y a la vez que se inicia el proceso de Maastricht, se fijó la fecha de 1998 para la liberalización de la telefonía vocal.
	1995	Acuerdo para la liberalización de infraestructuras	La Comisión y los Estados miembros decidieron que las infraestructuras quedarán, también, completamente liberalizadas a partir de enero de 1998.
	1996	Directiva 96/19/CE de liberalización	Se suprimieron los derechos especiales para telecomunicaciones, incluida creación y suministro de redes de telecomunicación.
<b>1999-2005:</b> <b>Primera reforma</b> de la política de las comunicaciones electrónicas	1998	Inicio proceso de revisión directivas	
	2002	Adopción de directivas (marzo)	Inicio del proceso de transposición a las legislaciones nacionales.
	2005	Lanzamiento del proceso de revisión	Proceso de consulta pública.
<b>2007:</b> <b>Segunda reforma</b>	2007	Propuesta de reforma de la Comisión (noviembre)	Inicio del proceso de codecisión entre Consejo y Parlamento.
	Fin 2008-2009	Adopción de directivas	Inicio del proceso de transposición a las legislaciones nacionales.
	2010?	¿Fin transposición directivas?	

Fuente: Elaboración propia, ALABAU (2006) y AUTELSI (2007).

Las conclusiones que se extraen a este proceso es que ha sido lento y extremadamente dificultoso. Entre las razones se encuentra la condición de departamentos ministeriales o entidades públicas de las organizaciones encargadas de la prestación del servicio telefónico al usuario final, con empleados con condición de funcionarios públicos. Los gobiernos de los países europeos comenzaron a impulsar el proceso desde el momento en que vieron las ganancias de eficiencia y las posibilidades de creación de valor y expectativas de ingresos al privatizar dichas compañías.

b) *La reforma actual: Nuevo Paquete Regulatorio de noviembre de 2007*

El 13 de noviembre de 2007 la Comisión Europea presentó una propuesta de reforma del Marco Regulatorio europeo vigente desde el 25 de



julio de 2003. El proceso de reforma se inicia con el proceso de consulta pública de finales de 2005; con objeto de conocer la necesidad de reformar la normativa vigente en aquel momento, con objeto de lograr el mercado único europeo de telecomunicaciones.

Las propuestas presentadas en dicho proceso de consulta sirvieron para la elaboración del paquete de reforma publicado el 13 de noviembre de 2007.

La Comisión justificó su decisión de revisión en base a dos razones.

En primer lugar, la Comisión tiene el objetivo de establecer un mercado común único para los más de 500 millones de europeos que forman la Unión Europea. Para ello, primero es necesario que el mercado de las telecomunicaciones tenga rasgos de mercado competitivo (salvo en aquellos componentes de la cadena de valor con carácter de monopolio natural). Segundo, se entiende como mercado competitivo uno a nivel europeo, en el que desaparecen los movimientos a la prestación de servicios, el libre establecimiento y unas reglas de funcionamiento comunes, con objeto que de veintisiete mercados nacionales, se pase a un único mercado común de servicios de telecomunicaciones.

En segundo lugar, la Comisión ha comprobado el insuficiente grado de liberalización del sector. La Comisión ha destacado la elevada cuota de mercado de los incumbentes<sup>12</sup>, en concreto, el carácter de «dominancia estructural» de determinados componentes de la cadena de valor de telecomunicaciones (en clara referencia a la distribución, es decir, el llamado «bucle local»). Para la Comisión, este bucle local o «última milla», es un componente clave para este sector (por suponer la parte más relevante de las inversiones), que fue materializado durante décadas y a menudo siguiendo un modelo de subvenciones y la utilización intensiva de los impuestos.

Por ello, la Comisión presentó tres propuestas de reforma del actual marco regulador.

La primera, una modificación de las directivas marco, autorización y acceso<sup>13</sup>. El objetivo oficial es aumentar la inversión, la innovación y los beneficios para el consumidor en el mercado de las comunicaciones electrónicas<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> Siguiendo datos de la Comisión, los incumbentes en la Unión Europea poseen una cuota global del 55,6 por 100, si bien la situación país por país es diferente, con en ocasiones elevado sesgo hacia éstos: Polonia (60,2 por 100), Malta (61,3 por 100), Italia (64,8 por 100), Dinamarca (65,1 por 100), Alemania (66,7), Finlandia (69,1 por 100), Portugal (70,1 por 100), Luxemburgo (84,8 por 100), y Chipre (89,89 por 100).

<sup>13</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

<sup>14</sup> La Comisión Europea siempre se refiere al ámbito de telecomunicaciones en estos términos.

La segunda propuesta de reforma legislativa incluye las modificaciones de las otras dos directivas (directivas de servicio universal y derechos de los usuarios, y de tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad) y del reglamento sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores<sup>15</sup>.

Por último, se publica una propuesta de Reglamento por la que se crea una nueva Autoridad Europea del Mercado de las Comunicaciones Electrónicas<sup>16</sup>.

Las tres propuestas de reforma legislativa van acompañadas de una evaluación de impacto y de una comunicación que establece las líneas políticas principales e informa sobre la consulta pública<sup>17</sup>. Además, la Comisión ha adoptado una segunda versión de su Recomendación sobre mercados pertinentes de productos y servicios, que reduce de dieciocho a siete el número de mercados que pueden ser objeto de regulación *ex ante* (mercados relevantes a efectos de la regulación)<sup>18</sup>.

#### i) La separación funcional

Una de las principales novedades de la propuesta de reforma es que una autoridad nacional de regulación de telecomunicaciones podrá imponer a las empresas integradas verticalmente la obligación de traspasar las actividades relacionadas con el suministro al por mayor de productos de acceso a una unidad empresarial que actúe independientemente (art. 8, párrafo segundo de la Directiva marco actual)<sup>19</sup>. Esto es lo que se conoce como separación funcional.

---

<sup>15</sup> Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) núm. 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

<sup>16</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, por el que se crea la Autoridad Europea del Mercado de las Comunicaciones Electrónicas.

<sup>17</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Informe sobre el resultado de la revisión del marco regulador de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas de la UE de conformidad con la Directiva 2002/21/CE y Resumen de las propuestas de reforma de 2007.

<sup>18</sup> Recomendación de la comisión de 17 de diciembre de 2007 relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas [notificada con el número C(2007) 5406].

<sup>19</sup> Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco). Las autoridades nacionales de reglamentación contribuirán al desarrollo del mercado interior, entre otras cosas:

- a) suprimiendo los obstáculos que aún se opongan al suministro de redes de comunicaciones electrónicas, recursos y servicios asociados y servicios de comunicaciones electrónicas a nivel europeo;



Esa unidad empresarial suministrará productos y servicios de acceso a todas las empresas, incluidas otras unidades empresariales de la sociedad matriz, en los mismos plazos y condiciones, en particular en lo que se refiere a niveles de precios y de servicio, y mediante los mismos sistemas y procesos.

Las propuestas de la Comisión establecen dos mecanismos por los cuales se puede producir la separación funcional: Imposición por parte de una autoridad regulatoria nacional (art. 13 bis), y, separación voluntaria por una empresa verticalmente integrada (art. 13 ter).

*ii) Separación funcional por una autoridad nacional de regulación (art. 13 bis)*

Cuando una autoridad nacional de reglamentación se proponga imponer una obligación de separación funcional, presentará a la Comisión una solicitud que incluya en primer lugar pruebas de que la imposición de obligaciones de los mercados definidos como relevantes para lograr la competencia efectiva tras un análisis coordinado de dichos mercados (de conformidad con el art. 16 de la Directiva 2002/21/CE, Directiva marco) no ha conseguido, ni conseguiría de mantenerse, lograr la competencia efectiva y de que se ha detectado la existencia de problemas de competencia o fallos del mercado persistentes en estos mercados de productos.

En segundo lugar, se requiere un análisis del impacto esperado sobre la autoridad reguladora, sobre la empresa y sus incentivos para invertir en la red y sobre otras partes interesadas, incluyendo en particular el impacto esperado sobre la competencia en infraestructuras y cualquier efecto negativo potencial sobre los consumidores.

Por último, se requiere un proyecto de la medida propuesta, el cual incluirá la naturaleza y el grado precisos de la separación, especificando en particular su personalidad jurídica; sus activos y los productos o servicios que debe suministrar esta entidad; los mecanismos de gobernanza para garantizar la independencia del personal empleado y la estructura de incentivos correspondiente; las normas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones; las normas para garantizar la transparencia de las operaciones; un programa de seguimiento, incluida la publicación de un informe anual.

No obstante todas estas decisiones, la Autoridad Nacional de Regulación, previo estudio motivado, impondrá, mantendrá, modificará o retira-

- 
- b) fomentando el establecimiento y desarrollo de las redes transeuropeas y la interoperabilidad de los servicios paneuropeos y la posibilidad de conexión de extremo a extremo;
  - c) garantizando que, en circunstancias similares, no se dispense un trato discriminatorio a las empresas suministradoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

rá obligaciones, de conformidad con los arts. 6<sup>20</sup> y 7<sup>21</sup> de la Directiva marco (que rigen el procedimiento de actuación de las autoridades nacionales de regulación).

Por otro lado, una empresa a la que se haya impuesto la separación funcional podrá estar sujeta a cualquiera de las obligaciones enumeradas en los arts. 9 a 13 (que rigen el comportamiento, con obligaciones y deberes de los operadores regulados a efectos de las actuaciones descritas por las directivas), en cualquier mercado específico en que haya sido designada como

<sup>20</sup> Art. 6: Mecanismo de transparencia y consulta.

Salvo en aquellos casos contemplados en el apartado 10 del art. 7 y en los arts. 20 y 21, y salvo que se disponga otra cosa en las medidas de ejecución adoptadas en virtud del art. 9 quater, los Estados miembros velarán por que, cuando las autoridades nacionales de reglamentación tengan intención de adoptar, con arreglo a la presente Directiva o a las Directivas específicas, medidas que incidan significativamente en el mercado pertinente, o cuando se propongan prever restricciones con arreglo a los apartados 3 y 4 del art. 9, den a las partes interesadas la oportunidad de formular observaciones sobre la medida propuesta en un plazo razonable.

Las autoridades nacionales de reglamentación publicarán sus procedimientos de consulta nacionales.

Los Estados miembros velarán por la creación de un punto único de información donde se pueda acceder a todas las consultas en curso.

Las autoridades nacionales de reglamentación pondrán a disposición del público los resultados del procedimiento de consulta, salvo en el caso de información confidencial con arreglo a la legislación comunitaria y nacional en materia de confidencialidad empresarial.

<sup>21</sup> Art. 7: Consolidación del mercado interior de comunicaciones electrónicas.

1. Para cumplir sus cometidos de conformidad con la presente Directiva y las Directivas específicas, las autoridades nacionales de reglamentación deberán tener en cuenta en la mayor medida posible los objetivos enunciados en el art. 8, incluidos los que se refieren al funcionamiento del mercado interior.
2. Las autoridades nacionales de reglamentación contribuirán al desarrollo del mercado interior cooperando con la Comisión y con la Autoridad con objeto de velar por la aplicación coherente, en todos los Estados miembros, de las disposiciones de la presente Directiva y de las Directivas específicas. Con tal fin, colaborarán, en particular, con la Comisión y la Autoridad para determinar qué tipos de instrumentos y soluciones son los más apropiados para tratar situaciones particulares de mercado.
3. Salvo que se prevea otra cosa en las disposiciones de aplicación adoptadas de conformidad con el art. 7 bis, al concluir la consulta mencionada en el art. 6, cuando una autoridad nacional de reglamentación tenga la intención de tomar una medida que:
  - a) entre en el ámbito de aplicación de los arts. 15 o 16 de la presente Directiva, los arts. 5 u 8 de la Directiva 2002/19/CE (Directiva acceso), y
  - b) pueda tener repercusiones en los intercambios entre Estados miembros, pondrá el proyecto de medida a disposición de la Comisión, de la Autoridad y de las autoridades nacionales de reglamentación de los otros Estados miembros, así como las motivaciones del mismo, de conformidad con el apartado 3 del art. 5, e informará de ello a la Comisión y a las otras autoridades nacionales de reglamentación. Las autoridades nacionales de reglamentación y la Comisión podrán presentar observaciones a la autoridad nacional de reglamentación interesada en el plazo de un mes. El plazo de un mes no podrá prolongarse.
4. Cuando la medida que piensa adoptar referida en el apartado 3 tenga por objeto:
  - a) definir un mercado pertinente distinto de los que figuran en la Recomendación a que se refiere el apartado 1 del art. 15; o
  - b) decidir si conviene o no designar a una empresa como poseedora, individualmente o junto a otras empresas, de un peso significativo en el mercado, en virtud de los apartados 3, 4 o 5 del art. 16; o



poseedora de peso significativo en el mercado, de conformidad con el art. 16 de la Directiva marco, u otras obligaciones autorizadas por la Comisión de conformidad con el apartado 3 del art. 8.

iii) Separación voluntaria por una empresa integrada verticalmente, art. 13 ter

El otro gran mecanismo proviene de las empresas que hayan sido designadas como poseedoras de poder significativo de mercado en uno o varios mercados relevantes.

Éstas deberán informar a la Autoridad Nacional cuando se propongan transferir sus activos de red de acceso local o una parte sustancial de los mismos a una persona jurídica separada de distinta propiedad, o establecer una entidad empresarial separada para suministrar a todos los proveedores minoristas, incluidas sus propias divisiones minoristas, productos de acceso completamente equivalentes.

Las ventajas de esta decisión son obvias en tanto en cuanto la Autoridad Nacional de reglamentación impondrá, mantendrá, modificará o retirará las obligaciones de los arts. 6 y 7 de la Directiva marco (ver apartados anteriores para ver el concepto de arts. 6 y 7). Sin embargo, y al igual que la empresa separada funcional y/o jurídicamente, podrá estar sujeta a cualquiera de las obligaciones enumeradas en los arts. 9 a 13 (ver apartados anteriores) en cualquier mercado relevante en que haya sido designada como poseedora de poder significativo de mercado.

c) *Opciones de política económica y regulatoria en telecomunicaciones*

Siguiendo el informe de impacto económico de la revisión 2007 del marco regulatorio<sup>22</sup>, la Comisión ha conseguido evaluar los posibles escenarios de regulación posibles y su impacto en la innovación y la inversión<sup>23</sup>.

El marco regulatorio tiene entre sus objetivos establecer un marco estable y predecible que incentive la innovación y nuevas inversiones en redes y servicios de comunicaciones, tanto a los nuevos entrantes como a los incumbentes.

Otra de las grandes preguntas es cómo lograr el necesario equilibrio entre flexibilidad y predictabilidad del marco regulatorio, y hasta que punto el marco regulatorio contribuye a la inversión y la innovación. Las opcio-

<sup>22</sup> *Communication on the Review of the EU Regulatory Framework for electronic communications networks and services*. COM (2006: 334 final).

<sup>23</sup> Dilema «inconsistente» entre la competencia y los incentivos a la innovación y la inversión en una industria en red como la descrita.

nes barajadas al respecto de esto último han sido muy variadas, tal y como se describe a continuación.

En primer lugar, algunos ministerios de telecomunicaciones y operadores incumbentes reclamaron un marco regulatorio que estimulara la inversión.

Otros agentes reclamaron la retirada de la regulación de determinados mercados de telecomunicaciones o las llamadas «vacaciones regulatorias» para nuevas inversiones, fundamentalmente en las llamadas Redes de Nueva Generación (ver apartado).

En el marco de este objetivo de estímulo de la inversión, se examinaron tres opciones principales:

- opción 1: Adoptar un modelo de «acceso abierto» para las nuevas infraestructuras de red (es decir, separando el suministro de infraestructura de la prestación de servicios);
- opción 2: Abstenerse de regular: eliminar o limitar la regulación sectorial («vacaciones regulatorias»); y
- opción 3: Mantener el modelo actual.

La igualdad de acceso de los proveedores de servicios a infraestructuras saturadas ya es un objetivo del marco regulador vigente (opción 3), que contiene disposiciones para evitar discriminaciones y mantener un mercado abierto y competitivo. No obstante, sigue siendo difícil garantizar este acceso equitativo cuando los operadores de redes son proveedores de servicios integrados verticalmente, en particular por lo que se refiere a la discriminación no relativa a los precios. Es decir, la Comisión reconoce abiertamente el fracaso del modelo actual, por lo que lo descarta para lograr el objetivo. A estos efectos, la separación del operador integrado en entidades distintas (separación funcional o estructural) eliminaría de acuerdo con la Comisión los incentivos para discriminar entre proveedores de servicios (opción 1).

El grado de separación adecuado dependerá de la naturaleza de la actividad de red en cuestión (por ejemplo, telecomunicaciones, energía o transporte ferroviario). La separación estructural completa (separación de la propiedad) constituye una medida decisiva que suprime los incentivos a la discriminación mediante la cesión de los activos de red no reproducibles. Sin embargo, cuando existe una innovación considerable en las tecnologías y los servicios, como ocurre en las comunicaciones electrónicas, un enfoque menos intervencionista puede consistir en obligar a confiar los activos que constituyen puntos de estrangulamiento a una filial separada desde el punto de vista funcional, con diferentes incentivos de gestión, manteniendo así la flexibilidad que ofrece la propiedad global común de los departamentos responsables de infraestructuras y servicios, y aumentando a la vez la transparencia y los incentivos contra la discriminación.

Por último, la opción 2 (las «vacaciones normativas»), supone un riesgo para la competencia efectiva en la gran mayoría de los mercados euro-



peos de comunicaciones electrónicas. La experiencia muestra que las inversiones y la innovación son más fuertes cuando existe una competencia efectiva entre infraestructuras. No obstante, todavía no existe competencia basada en las infraestructuras en alrededor del 80 por 100 de los bucles locales de la UE, lo que significa que la regulación *ex ante* sigue desempeñando un papel crucial en el mantenimiento de la competencia y la protección de los consumidores, al imponer condiciones de acceso a la infraestructura del operador histórico.

#### d) *Conclusión*

Los datos disponibles indican que, aunque la discriminación sigue siendo un problema grave en algunos mercados, en otros, las soluciones aplicadas han permitido garantizar una igualdad de acceso adecuada. Así pues, el análisis defiende la continuación del enfoque actual (opción 3) consistente en soluciones *ex ante* para mantener el acceso. Sin embargo, la Comisión considera necesario otorgar a las autoridades nacionales de reglamentación (ANR) competencias para imponer una separación funcional como medida excepcional en caso de discriminaciones persistentes, que no puedan resolverse a través de las medidas correctivas que inciden en el comportamiento.

Por tanto, en el caso de España, el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio a través de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT) tendrá la última palabra.

### B. LA EVIDENCIA EMPÍRICA<sup>24</sup>

#### a) *El caso de Estados Unidos: La separación de ATT*<sup>25</sup>

La separación de ATT constituye el primer ejemplo claro y a la vez radical, de separación en el mundo de las telecomunicaciones. Es un caso a la vez claro de anticipación de varias décadas a Europa.

Como antecedente, en la *First Computer Inquiry* (1971), la FCC decidió que las operadoras de telecomunicaciones sólo podrían participar en el incipiente negocio del proceso de datos (antecedente a los actuales servicios de consultoría, *outsourcing*, etc.) únicamente a través de entidades separadas. La decisión se extendió a los servicios de valor añadido en 1980 (por ejemplo, correo vocal, email, intercambio de datos, etc.).

En 1984, el juez Harold H. GREENE ordena la *divestiture* o desmembramiento de ATT, es decir, la separación de propiedad de ATT en distintos

<sup>24</sup> Análisis realizado a partir de IDATE 2008, ENTER 2007, LÓPEZ GARRIDO (1989) e investigación propia.

<sup>25</sup> Entre otros, ver LÓPEZ GARRIDO (1989) y RYAN (2003).

entes. A partir de complejos acuerdos, la propiedad de las redes locales fue transferida a las *Regional Bell Operating Companies*, o RBOCs. Los Estados Unidos fueron divididos en 161 mercados geográficos, los *local access and transport areas* o LATAs. Los RBOCs tenían monopolio en los servicios locales en su mercado geográfico asignado, y tenían prohibido prestar servicios de larga distancia, que serían prestados por la nueva ATT a partir de ese momento.

En los años noventa y 2000 se produce un proceso de consolidación e integración, que no es objeto de desarrollo de este artículo, pero que debe ser analizado en un contexto de política económica liberalizadora y de tecnología muy diferente al proceso que se dio en los ochenta.

#### b) *El caso de Reino Unido: BT Openreach*

Uno de los casos de separación funcional corresponde al Reino Unido con la entidad BT Openreach.

British Telecom (BT) fue creada en 1980 a partir del servicio postal del Reino Unido. A partir de 1984, BT fue parcialmente privatizada como consecuencia de la creación de un operador de telecomunicaciones alternativo, Mercury.

En los años noventa se produce la liberalización total (hasta entonces existía un duopolio) y en diciembre de 2000, BT ofrece servicios de bucle local desagregado (servicios de acceso mayorista al bucle directamente), y en 2005, después de un acuerdo con el regulador Ofcom, BT crea una unidad independiente a cargo de la gestión de las infraestructuras, Openreach. A partir de 2007, BT Wholesale Openreach es una de las unidades de servicio directo al cliente final, junto con BT Retail (servicios minoristas a clientes BT), BT Wholesale, y BT Global Services.

Si bien la evaluación detallada de los resultados queda fuera del objetivo de este art. (después de dos años existe un cierto consenso sobre el grado de satisfacción relativo de Openreach), es necesario detallar las razones por las que Ofcom se decidió separar funcionalmente la unidad encargada del bucle local del incumbente BT: la falta de competencia en el mercado de banda ancha, dado que la desagregación del bucle local iniciada en 2000 había fallado en sus objetivos iniciales de reducción de cuota de mercado de BT. Ofcom estaba decidido a finalizar con el supuesto comportamiento anticompetitivo de exclusión vertical de sus competidores, en el mercado de mayorista de comercialización del bucle. En conclusión, para Ofcom, el único remedio para apoyar el desarrollo y competencia futura en el mercado de las redes de nueva generación era separar funcionalmente BT.

La separación funcional de BT con Openreach ha supuesto indudables ventajas en cuanto a la competencia, dado que la mayoría de las cerca de cuatro millones de líneas desagregadas (en servicios mayoristas prestados



por Openreach, dos millones en servicios DSL a 31 de marzo de 2007) corresponden al periodo a partir de su creación. No obstante, el posible efecto perverso en la inversión y la innovación es pronto para ser evaluado con objetividad.

### C. CONCLUSIONES. EL DILEMA DE LA EXTENSIÓN DE REDES DE NUEVA GENERACIÓN<sup>26</sup> Y LA IGUALDAD EN EL ACCESO A UNA INFRAESTRUCTURA *ESSENTIAL*

La demanda de mayores anchos de banda para servicios tales como vídeo bajo demanda o Internet de alta velocidad requiere actualizar las redes de telecomunicaciones existentes en los segmentos de transporte y acceso. En este sentido, el concepto de redes de nueva generación se viene utilizando para definir la evolución de las tecnologías y arquitecturas que configurarán las redes de telecomunicación del futuro.

De acuerdo a GAPTEL (2008), las redes de nueva generación utilizan múltiples tecnologías de acceso, capaces de garantizar calidad de servicio extremo a extremo, y con una clara separación entre las plataformas de servicios y la infraestructura de red.

Adicionalmente, incorporan características de movilidad inalámbrica, la fiabilidad de la red pública conmutada, el alcance de Internet, la seguridad de las líneas privadas, la capacidad de las redes ópticas, la flexibilidad de IP y de MPLS para la integración de servicios de datos, voz y vídeo; así como la eficiencia que conlleva la operación de una infraestructura común y consistente. Su aportación fundamental es el concepto de convergencia, que permite la transmisión de datos, voz y vídeo conjuntamente, en lugar de de redes de datos, de voz y de vídeo separadamente y como hasta ahora.

En su mayoría, los operadores telefónicos han comenzado la implantación de estas redes con la estrategia de que sean el pilar sobre la que establecer todo un conjunto de contenidos audiovisuales y de Internet de alta velocidad para clientes residenciales y Pymes. Esta estrategia se basa en una integración vertical hacia segmentos de más valor añadido (servicios de conectividad y consultoría a Pymes, Internet de muy alta velocidad, TV de alta definición, etc.). En tanto en cuanto la separación supone una ruptura en parte de dicha infraestructura básica, la separación es rechazada.

¿Cuál es la solución a este dilema clásico entre incentivos a la inversión y competencia? Las autoridades nacionales de competencia deberían romper con su pasado y volver sobre sus pasos con objeto de cambiar una decisión que fue tomada en aquel momento por razones de complejidad y prudencia.

<sup>26</sup> Ver GAPTEL (2008).

La cuestión de la separación pasa por resolver una *essential facility*, el bucle de abonado, cuyo grado de capilaridad fue conseguido a lo largo de varias décadas y con cuantiosas inversiones. Las infraestructuras que se están construyendo como *upgrade* sobre dicho bucle, tampoco pueden ser objeto de separación dado que son construidas en un contexto liberalizado.

Por tanto, la cuestión de la separación pasa por separar (de manera funcional o incluso estructural) únicamente la unidad gestora del bucle tradicional, lo que permitiría asegurar acceso con igualdad de condiciones a terceros. Obviamente, dicha unidad a separar tendría como un cliente principal al resto del incumbente encargado de la provisión de servicios de acceso «de nueva generación» (pero que al ser un cierto *upgrade* de la red de bucle tradicional, debería colaborar estrechamente con la anterior); además del resto de competidores y nuevos entrantes, tanto en servicios de voz e Internet «tradicional», como en servicios de «nueva generación» de datos a alta velocidad y vídeo de alta definición.

### 3. LA SEPARACIÓN EN EL SECTOR ELÉCTRICO

#### A. PROPUESTAS DE LA COMISIÓN EUROPEA

##### a) *Antecedentes: El marco actual*

##### i) Rango de monopolio natural para el transporte y la distribución

El marco actual viene reglamentado por la 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.

En el art. 8 se establece la designación de gestores de redes de transporte, por el cual los Estados miembros designarán o pedirán a las empresas propietarias de redes de transporte que establezcan por un determinado periodo de tiempo, uno o varios gestores de red de transporte, reconociendo el carácter de monopolio natural de este último. Los Estados miembros velarán por que los gestores de red de transporte procedan con arreglo a lo dispuesto en los arts. 9 a 12: funciones, separación de eléctricas integradas verticalmente, funciones de ordenación técnica y de confidencialidad.

De manera semejante, con la red de distribución eléctrica los Estados miembros designarán o pedirán a las empresas propietarias o responsables de las redes de distribución que designen, por un periodo de tiempo uno o varios gestores de redes de distribución. Y el comportamiento de dichos gestores se realizará de arreglo a lo dispuesto en los arts. 14 a 16, de manera análoga a lo establecido para los arts. 9 a 12.



## ii) Separación funcional de transporte y distribución

La necesidad de separación funcional de ambos segmentos viene descrito por los arts. 10 y 15. Para el caso del transporte, se dicta únicamente la obligatoriedad de una separación funcional entre entidades, nunca estructural (art. 10.1):

### Art. 10: Separación de los gestores de redes de transporte

1. Si el gestor de red de transporte forma parte de una empresa integrada verticalmente, deberá ser independiente de las demás actividades no relacionadas con el transporte, al menos en lo que se refiere a la personalidad jurídica, la organización y la toma de decisiones. Estas normas no darán lugar a ninguna obligación de separar la propiedad de los activos del sistema de transporte de la empresa integrada verticalmente.

[...]

Y en lo concerniente a la distribución igualmente, se declara la separación funcional pero no estructural:

### Art. 15: Separación de los gestores de redes de distribución

1. Si el gestor de red de distribución forma parte de una empresa integrada verticalmente, deberá ser independiente de las demás actividades no relacionadas con la distribución, al menos en lo que se refiere a la personalidad jurídica, la organización y la toma de decisiones. Estas normas no darán lugar a ninguna obligación de separar la propiedad de los activos del sistema de distribución de la empresa integrada verticalmente.

[...]

## b) *La reforma actual: El tercer paquete legislativo (2007)*

### i) Antecedentes

Desde que entraron en vigor las Directivas actuales de la electricidad y el gas, en julio de 2003, la Comisión Europea ha llevado a cabo un proceso de seguimiento para examinar el estado de la implementación. Entre otros, se han realizado informes de evaluación comparativa sobre la puesta en marcha del mercado interior de la electricidad, se ha creado el Foro Regulador de la Electricidad de Florencia en el que se reúnen periódicamente ministros, autoridades reguladoras nacionales, la Comisión, gestores de redes de transporte, suministradores, operadores comerciales, consumidores, organizaciones sindicales, usuarios de la red y representantes de las bolsas de intercambio de electricidad.

A finales de 2005, el Consejo Europeo de Hampton Court hizo un llamamiento en favor de una verdadera Política Energética para Europa. En respuesta a este llamamiento, la Comisión publicó el 8 de marzo de 2006 un Libro Verde sobre el desarrollo de una política energética europea común, abriendo un proceso de consulta pública con 1.680 respuestas.

Como consecuencia de todo ello, el 10 de enero de 2007 la Comisión realizó una Comunicación titulada «Una política energética para Europa»<sup>27</sup> que destacaba la importancia de completar el mercado interior de la electricidad y del gas natural. Para la Comisión Europea, existen dos posibilidades para solventar los problemas de no discriminación: la independencia total del gestor de redes (la empresa integrada verticalmente sigue siendo propietaria de los activos de la red y recibe una remuneración regular por las mismas, pero no es responsable de su funcionamiento, mantenimiento o desarrollo, lo que equivaldría a separación funcional) o la separación de la propiedad (las empresas de las redes son totalmente independientes de las compañías encargadas del suministro y la generación, es decir, la separación estructural). Para la Comisión, la última es quizá la mejor forma para garantizar la posibilidad de elección en beneficio de los consumidores, así como de fomentar la inversión. Ello se debe a que las empresas de las redes no están influenciadas por intereses ligados al abastecimiento o la generación, especialmente a la hora de efectuar inversiones. Al mismo tiempo, se evita una reglamentación detallada y compleja y unas cargas administrativas desproporcionadas.

El gestor de redes independiente constituye una mejora en comparación con el *statu quo*, pero necesitaría una reglamentación más detallada, compleja y prescriptiva y sería menos eficaz para luchar contra los desincentivos a la inversión en las redes.

Con todo ello, la Comisión da una nueva vuelta de tuerca al tratar de lograr la separación, tanto en las redes de transporte como en la distribución. La incidencia en España es notable en tanto en cuanto la red de distribución sigue con separación funcional.

No obstante, la comunicación va dirigida, por tanto, a aquellos países que no han sido capaces de articular dicha separación. Y sin embargo, el proceso hasta que la comunicación se transforme en proyecto de directiva se antoja lento y complicado.

A partir de esta comunicación, el Consejo Europeo de primavera de 2007 invitó a la Comisión a proponer nuevas medidas, entre las que destacan las mejoras en la separación efectiva entre producción y explotación de la red, mejoras que permitan un mayor comercio transfronterizo de electricidad, mejoras en la seguridad, la cooperación entre reguladores europeos, etc. El Consejo Europeo subrayó también la necesidad de reforzar la

<sup>27</sup> Comunicación de la Comisión al Consejo Europeo y al Parlamento Europeo, de 10 de enero de 2007, «Una política energética para Europa» [COM (2007: 1 final) no publicada en el *Diario Oficial*].



seguridad de abastecimiento con espíritu de solidaridad entre los Estados miembros.

ii) El tercer paquete legislativo de septiembre de 2007

En septiembre de 2007 la Comisión Europea ha iniciado un proceso de reforma de la legislación actual. En lo referente al sector eléctrico, se trata de una Directiva que modifica y complementa la vigente Directiva 2003/54 de la electricidad, y de un Reglamento que modifica y complementa el vigente Reglamento (CE) núm. 1228/2003, de la electricidad.

En relación a la separación, la Comisión propone profundizar en la separación efectiva entre actividades de producción y suministro, y la explotación de la red eléctrica<sup>28</sup>. En concreto, propone una separación estruc-

<sup>28</sup> El art. 8 se sustituye por el texto siguiente:

Art. 8. Separación de las redes de transporte y de los gestores de redes de transporte

1. Los Estados miembros garantizarán que, a partir de [fecha de transposición más un año]:
  - a) toda empresa propietaria de una red de transporte actúe como gestor de la red de transporte;
  - b) la misma persona o personas no tengan derecho:
    - i) a ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro, ni a ejercer control, de manera directa o indirecta, o poseer intereses o a ejercer derechos en un gestor de red de transporte o en una red de transporte, o
    - ii) a ejercer control, de manera directa o indirecta, sobre un gestor de red de transporte o una red de transporte y a ejercer control, de manera directa o indirecta, o poseer intereses o a ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro;
  - c) la misma persona o personas no tengan derecho a nombrar a los miembros del consejo de vigilancia o de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, de un gestor de red de transporte o una red de transporte, y, directa o indirectamente, ejercer control, poseer intereses o ejercer derechos en una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro;
  - d) la misma persona o personas no tengan derecho a ser miembros del consejo de vigilancia o de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, a la vez de una empresa que lleve a cabo cualquiera de las funciones de generación o suministro y de un gestor de red de transporte o una red de transporte.
2. Los intereses y derechos indicados en el apartado 1, letra b), incluirán, en particular:
  - la propiedad de parte del capital o de los activos de la empresa, o
  - la facultad de ejercer derechos de voto, la facultad de designar a miembros del consejo de vigilancia o de administración o de los órganos que representen legalmente a la empresa, o
  - el derecho a percibir dividendos u otras formas de participación en los beneficios.
3. A los efectos de lo dispuesto en el apartado 1, letra b), el concepto de «empresa que realice cualquiera de las funciones de producción o suministro» corresponde al concepto de «empresa que realice cualquiera de las funciones de producción o suministro» tal como se define en la 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\*, y los términos «gestor de red de transporte» y «red de transporte» corresponden a los conceptos de «gestor de red de transporte» y «red de transporte» tal como se definen en la Directiva 2003/55/CE.
4. Los Estados miembros podrán autorizar exenciones de lo dispuesto en el apartado 1, letras b) y c) hasta [fecha de transposición más dos años], siempre y cuando los gestores de redes de transporte no formen parte de una empresa integrada verticalmente.

tural o de propiedad entre las redes de transmisión y la producción; una única empresa no pueda ser dueña de la transmisión y dedicarse al mismo tiempo a la producción eléctrica.

La Comisión propone una segunda opción, el «gestor de redes independiente», lo que vendría a ser una separación funcional «dura» o estructural en la que se mantiene la propiedad al 100 por 100 de la red de transporte del operador verticalmente integrado, a condición de que los activos los gestione verdaderamente una empresa o entidad completamente independiente de la misma. Para la Comisión, cualquiera de estas opciones creará nuevos incentivos para que las empresas inviertan en nueva infraestructura, capacidad de interconexión y nueva capacidad de producción, previniendo así los apagones y las subidas innecesarias de precios.

## B. LA EVIDENCIA EMPÍRICA<sup>29</sup>

### a) *El caso de Reino Unido*

La separación vertical en la industria británica de electricidad se enmarca dentro del proyecto de privatización del Gobierno de Margaret Thatcher. El objetivo final era introducir más eficiencia económica a través de la competencia, gracias a la nueva gestión privada del sector.

Antes de la privatización de 1990, la industria eléctrica británica se componía de un ente de generación y transporte (para Inglaterra el *Central Electricity Generating Board*, CEGB), y doce áreas de distribución a los clientes finales, los AEBs, *Area Electricity Boards*. La privatización de 1990 consistió en la separación de propiedad en la producción, transporte y distribución, creándose dos grandes empresas, producción (*National Power* y *Powergen*), doce monopolios territoriales de distribución (*Regional Electricity Companies*, RECs) y una entidad de transporte propiedad de los doce RECs.

A pesar del subsiguiente proceso de integración vertical, la liberalización del mercado ha traído como hecho positivo una fuerte competencia en la producción y distribución, con una sustancial bajada de precios (descen-

- 
5. La obligación que establece el apartado 1, letra a), se considerará cumplida cuando se dé una situación en la que varias empresas que posean redes de transporte hayan creado una empresa conjunta (*joint venture*) que actúe en varios Estados miembros como gestor de las redes de transporte correspondientes. Ninguna otra empresa podrá formar parte de la empresa conjunta, a menos que haya sido autorizada como gestor de red independiente en virtud del art. 10.
  6. Los Estados miembros se asegurarán de que la información sensible a efectos comerciales a la que se refiere el art. 12 en posesión de cualquier gestor de red de transporte que forme parte de una empresa integrada verticalmente y del personal de este gestor de red de transporte no se transfiera a empresas que realicen cualquiera de las funciones de generación y suministro.

<sup>29</sup> Análisis realizado a partir de IDATE (2008).



so real de un 22 por 100 para los particulares y de un 32 por 100 para las empresas), una mejora de la eficiencia (reducción del empleo de un 60 por 100 en un periodo de diez años) y un mayor grado de apertura (atracción de capital extranjero). Sin embargo, como hecho negativo puede señalarse que la inversión se ha estancado, especialmente a partir de 1997.

#### b) *El caso de Francia*

La separación estructural en Francia se ha caracterizado por la aplicación de las directivas europeas y también por un sustancial retraso en su transposición, en comparación con otros países europeos.

En julio de 2000 se crea una unidad dentro del incumbente *Electricité de France*, EDF, la unidad *Reseau de Transport d'Electricité* (RTE), encargada de la labor de transporte, con la propiedad de los activos necesarios, y una dirección, finanzas y cuentas independientes de la matriz, lo que equivaldría a una separación funcional de la labor de transporte dentro de EDF. Dicha separación venía establecida por la Directiva 96/92 de diciembre de 1996 y fue transpuesta a la Ley francesa en febrero de 2000, haciéndose efectiva en julio.

En septiembre de 2005 se materializó la separación estructural con la creación de RTE como subsidiaria independiente, propiedad al 100 por 100 de EDF.

#### c) *El caso español: Red Eléctrica de España*

El primer intento de separación tiene lugar en 1985 con la creación de Red Eléctrica de España, un organismo independiente con la triple función de gestor de la red de transporte, gestor del sistema eléctrico y operador del mercado.

En 1997 tiene lugar la transformación del sistema con la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico. Entre otros, se crea un mercado mayorista para la electricidad, se permite la libre elección del proveedor para los grandes clientes, y se establece la separación de la generación, distribución y comercialización (aunque dirección y propiedad comunes, lo que viene a ser una pseudo separación funcional). Adicionalmente, se encomienda la operación del mercado a OMEL, organismo de nueva creación. En relación con la separación estructural o de propiedad de REE, se da un paso adicional estableciendo el tope máximo de 40 por 100 total propiedad de agentes del sector eléctrico, o un 10 por 100 individual.

En 2005 se introdujeron nuevas reglas reduciendo el porcentaje máximo de acciones que un operador eléctrico podía mantener. En la actualidad alrededor de un 68 por 100 del accionariado es *free-float* (abril de 2008).

Como consecuencia de la Ley de 1997, los operadores eléctricos españoles han reestructurado sus organizaciones. De esta manera, Endesa ha creado una empresa *holding* con subsidiarias separadas legalmente para generación (Endesa Generación), distribución (Endesa Red) y comercialización (Endesa Energía); e Iberdrola y Unión Fenosa han hecho lo propio con Iberdrola Generación, Iberdrola Distribución Eléctrica, Unión Fenosa Generación y Unión Fenosa Distribución.

### C. CONCLUSIONES. EL PROGRESO TECNOLÓGICO

La separación estructural de la red de transporte que propone la Comisión ya se da en numerosos países. Éste es el caso del sector eléctrico en Dinamarca, Eslovaquia, Eslovenia, Finlandia, Italia, Países Bajos, Portugal, Reino Unido, Rumanía y Suecia. En ellas, el gestor independiente de la red de transporte es también propietario de la red.

Para el caso de España, como se ha visto en el apartado anterior, desde hace varios años Red Eléctrica de España ya se encuentra en esta situación, con una propiedad de los activos de transporte y una gestión de dichos activos.

Por todo ello, indudablemente la propuesta de directiva tendrá un impacto limitado una vez sea aprobada en codecisión por el Parlamento y Consejo, y después de ello transpuesta a las legislaciones nacionales.

En cuanto a la viabilidad de dicha separación, los beneficios en el caso de un sector como el eléctrico, sujeto a un moderado progreso tecnológico son indudables. El progreso del sector está especialmente referido a la generación de electricidad renovable o a la investigación en baterías, pilas y nuevas formas de almacenar energía (especialmente para la industria del automóvil). El posible progreso tecnológico en las áreas de transporte (y distribución) se refiere casi exclusivamente al remedio de las abundantes pérdidas que conlleva dichos procesos, lo cual tiene especial incidencia en la industria de nuevos materiales conductivos. Una separación estructural y de propiedad no parecería distorsionar los procesos de I+D+i.

En cuanto a la inversión por parte del nuevo ente separado, al ser una industria en monopolio natural y sujeto a regulación, es la política de precios y las obligaciones de servicio aplicadas en la regulación las que incentivan o, en su caso, desincentivan, la inversión.

## 4. CONCLUSIONES

El sector eléctrico de telecomunicaciones tiene puntos en común y diferencias a la hora de describir las conclusiones sobre el instrumento regulatorio de separación en el contexto de las recientes propuestas de la Comisión Europea:



1. Los beneficios de la competencia no deben ser nunca evitados. Pero en su implementación, en lo concerniente a las industrias de red (*network utilities*), en un contexto de subaditividad de costes, economías de red y progreso tecnológico, el diseño de la liberalización y regulación, y la ejecución política de defensa de la competencia han de ser sumamente cuidadosas.
2. Desde el convencimiento de los beneficios de la competencia, desde los años ochenta, una gran mayoría de países ha apostado por un proceso aperturista de inspiración liberal, en un número significativo de industrias antes en monopolio y con propiedad o control estatal. Entre éstas, encontramos la liberalización de la mayor parte de las industrias en red: telecomunicaciones, electricidad, gas y ferrocarril.
3. En paralelo a lo anterior, surgen los conceptos de gestión independiente de la red, neutralidad, y no discriminación.

Muy ligado a este último, la separación (funcional, estructural y sus variantes) es un antiguo remedio para resolver el problema de exclusión por parte del operador incumbente verticalmente integrado a los nuevos entrantes que deben hacer uso de la infraestructura, «*essential facility*» con rasgos de monopolio natural.

4. La Comisión Europea ha apostado por la separación, tanto en el sector de telecomunicaciones como eléctrico.

En cuanto al sector de telecomunicaciones, las recientes propuestas de la Comisión dan vía libre a la separación funcional de la unidad encargada de gestionar el bucle de abonado.

La propuesta de la Comisión llega en un momento en el que se está replanteando el modelo de redes y de prestación de servicios a través de las redes de alta velocidad (técnicamente, las redes de nueva generación) que permiten ofrecer datos a alta velocidad y vídeo en alta definición, a base de elevadas inversiones en la red telefónica.

5. En cuanto al sector eléctrico, las últimas propuestas de la Comisión van dirigidas a aquellos países que no han sido capaces de articular la separación de las redes de distribución y/o transporte, apostando por separación funcional completa, o bien por una separación estructural y/o de propiedad.

La propuesta de la Comisión surge en un contexto de aumento del precio de la energía y de inseguridad en el abastecimiento, incluyendo problemas en el funcionamiento de las redes internas en determinadas regiones y países.

Por todo ello, la separación es un remedio eficaz dependiendo de la industria, y cuyo grado de profundización (contable, funcional, estructural, etc.) se escogería dependiendo de las características del monopolio y la industria a regular. Para el caso del sector eléctrico, la separación no está sujeta al problema del elevado progreso tecnológico en los componentes a

separar, con los problemas que de ello se deriva (nuevas inversiones para modernizar y actualizar las redes, incentivos para realizarlas, etc).

Para el caso específico de telecomunicaciones, la separación requiere analizar sus efectos en el despliegue de redes de nueva generación, ya que el bucle de abonado deja de ser cada vez más generador de la cifra de negocio de los operadores, además del efecto desincentivo en la inversión. La creación de dos unidades separadas, una separada y gestora del bucle tradicional y otra no separada y cliente de la anterior encargada del despliegue de redes de nueva generación, podría ser una solución a este dilema.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALABAU, A. (2006), *La Unión Europea y su política para las comunicaciones electrónicas. Treinta años en perspectiva*, Fundación Vodafone España.
- ARIÑO ORTIZ, G. (2004), *Principios de derecho público económico*, Granada, Comares.
- AUTELSI (2007), *Veinte años avanzando hacia la Sociedad de la Información*.
- CUERDO MIR, M. (2006), «Economía de red y defensa de la competencia en España», *Anuario de la competencia 2006*, pp. 59-82.
- ECONOMIDES, N. (2008), «Public policy in network industries», en *Handbook of Antitrust Economics*, edited by BUCCIROSSI, Paolo, The MIT Press.
- ENTER (2007), «Conference on Functional Separation: a new remedy for European telecommunications markets?», Organised by ENTER (Centre of Instituto de Empresa for the analysis of the Information Society and Telecommunications) and NERTP (Network for Economic Research on Telecommunications Policy).
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A. (1999), «Privatización, desregulación y liberalización de los mercados», dentro de *España, Economía: Ante el siglo XXI*, GARCÍA DELGADO, J. L. (dir.), Espasa Calpe.
- GAPTEL, 2008, *Oportunidades y desafíos de la banda ancha*, Red.es.
- GERADIN, D., y KERF, M. (2003), *Controlling market power in telecommunications. Antitrust vs sector specific regulation*, Oxford University Press.
- IDATE (2008), *Functional separation in telecoms: panacea or plague? An empirical assessment*.
- LÓPEZ GARRIDO, D. (1989), *La crisis de las telecomunicaciones*, Fundesco.
- MOTTA, M. (2004), *Competition policy. Theory and practice*, Cambridge University Press.
- NEWBERRY, D. M. (1999), *Privatization, restructuring and regulation of network utilities*, The MIT Press.
- REY, P., y VERGÉ, T. (2008), *Economics of vertical restraints*, en *Handbook of Antitrust Economics*, edited by BUCCIROSSI, Paolo, The MIT Press.
- RYAN, M. H. (2003), «Structural separation: a prerequisite for effective telecoms competition», *European competition law review*, vol. 24, parte 6, pp. 241-250
- SPENGLER, J. (1950), «Vertical integration and antitrust policy», *Journal of Political Economy*, 58, pp. 347-352.





# PERSPECTIVA DE LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA RESPECTO A LOS SISTEMAS DE MEDIOS DE PAGO

Christian GARMA SANTANDER\*

Inspector jefe de competencia

Subdirección de Servicios

## 1. INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se ha producido un continuo crecimiento del uso de tarjetas bancarias como medio de pago. En España, por ejemplo, el número de tarjetas en circulación se ha visto incrementado de 16 millones en el año 2000 a más de 43 millones de tarjetas en el año 2007, debido principalmente a que la lista de ventajas del uso de la tarjeta bancaria frente a otros medios de pago es amplia. Los consumidores se ven beneficiados por la seguridad y ahorro en tiempo que supone no tener que disponer continuamente de efectivo, así como la liquidez inmediata de que les dota las tarjetas bancarias y, en particular, las tarjetas de crédito, mientras que los comerciantes se benefician de esto y de otras ventajas como, por ejemplo, la seguridad que les reporta no disponer de dinero en efectivo en su negocio o el ahorro de tiempo que supone las hojas de liquidación que les proveen sus entidades financieras y la simplificación del recuento de caja o no tener que ir al banco a ingresar o disponer de dinero en efectivo.

Sin embargo, los comerciantes critican el abuso de los sistemas de medios de pago al cobrar un porcentaje del valor de la compra en forma de comisión por cada operación que se realiza con tarjeta bancaria, en lo que se ha venido a considerar una nueva forma de señoreaje de que disponen las entidades financieras con la proliferación de este medio de pago. Por ello, en numerosos países se han denunciado frente a las autoridades de competencia el carácter anticompetitivo de los sistemas de medio de pago. En particular, aquellos denominados de «cuatro patas» o cuatripartitos por disponer de un sistema de incentivos que fomenta, en mayor medida que otros sistemas, la proliferación de la emisión de tarjetas bancarias.

---

\* El autor es el único responsable de las opiniones vertidas en este artículo que, en ningún caso, reflejan la posición institucional de la Comisión Nacional de Competencia.



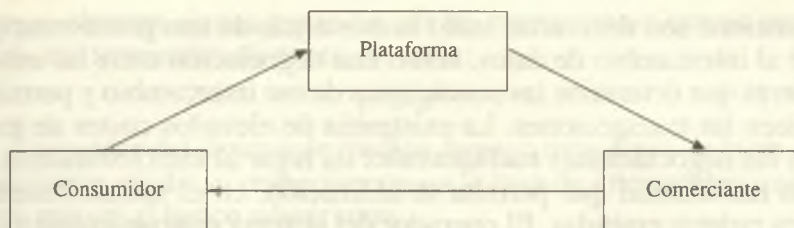
En este trabajo se va a hacer una exposición del planteamiento de las autoridades de competencia en Europa frente a los sistemas de medios de pago. Para ello, se comenzará con un breve análisis económico de los sistemas de medios de pago y, en particular, con los denominados sistemas cuatripartitos, que han sido los que han tenido mayor proliferación en los últimos años y, en consecuencia, los que han sido objeto de mayor número de denuncias por parte de las patronales que agrupan a comerciantes. Posteriormente, la mayor parte del artículo se dedica a exponer el enfoque de la Comisión Europea frente a los sistemas de medios de pago haciendo referencia a dos casos recientes, VISA y MasterCard. Por último, se hará una breve referencia a la actuación de dos autoridades nacionales europeas, Reino Unido y España.

## 2. EL FUNCIONAMIENTO DE LOS SISTEMAS DE PAGO

Los sistemas de medios de pago se podrían definir como la estructura que permite realizar una transacción con una tarjeta bancaria, ya sea ésta de débito o de crédito. Es decir, el sistema que facilita el pago de una compra cuando así lo autoriza el comprador al utilizar su tarjeta, adeudándose en su cuenta el importe de la compra al ser ésta autorizada y abonándose en la cuenta del vendedor. Desde el punto de vista de la teoría económica, los sistemas de medios de pago se caracterizan por ser un mercado bilateral o de dos lados, en el que existen dos grupos de usuarios o demandantes de un medio de pago que utilizan una plataforma para llevar a cabo transacciones entre sí. Además de los sistemas de medio de pago, existen numerosos ejemplos de mercados bilaterales como, por ejemplo, el mercado de los videojuegos, donde los oferentes son los diseñadores de videojuegos que los adaptan a una plataforma, en este caso las videoconsolas, para que los consumidores puedan hacer uso de ellos; o la publicidad en los periódicos, donde estos últimos sirven de plataforma para que los anunciantes accedan a los lectores.

El análisis económico de los mercados bilaterales muestra que éstos difieren del análisis tradicional del monopolio multiproducto. La interacción entre los usuarios de los dos lados de la plataforma da lugar a fuertes complementariedades o externalidades positivas, pero, al contrario que en el monopolio multiproducto, las correspondientes externalidades no son internalizadas por los usuarios finales. Por ello, el enfoque habitual en la literatura económica a la hora de abordar estos mercados es integrar el análisis económico de los mercados de redes, que enfatiza la existencia de externalidades, con el análisis del monopolio multiproducto, que hace hincapié en la importancia de las elasticidades cruzadas entre las demandas de los usuarios de distintos lados de la plataforma para determinar el precio que maximiza el beneficio.

La característica fundamental de los sistemas de medios de pago es que en cada transacción interactúan dos usuarios: el tenedor de la tarjeta de pago y el comerciante. La plataforma se erige como proveedor de servicios de conexión entre ambos usuarios.



Fuente: Elaboración propia.

Se suelen distinguir dos tipos de externalidades en estos sistemas. En primer lugar, los tenedores de las tarjetas de pago se benefician del uso de su tarjeta si ésta es aceptada por un elevado número de comerciantes y, a su vez, los comerciantes se benefician sólo si la tarjeta es utilizada por un elevado número de consumidores. Esta externalidad, que hace referencia a la participación o no de los usuarios finales del sistema de medios de pago se denomina *membership externality* o externalidad por participación: cada consumidor que obtiene una tarjeta de pago y cada comercio que las acepta aumenta el valor del sistema para todos y cada uno de los titulares y comercios. Por otra parte, el beneficio será mayor cuanto mayor sea la frecuencia con que se hace uso de la tarjeta de pago, lo que se conoce *usage externality*, o externalidad por uso. En este contexto, en donde ambos usuarios disfrutan de externalidades positivas cuanto más uso y más gente participa del sistema de medios de pago, uno de los aspectos cruciales para que una plataforma tenga éxito como negocio es la definición de un esquema de precios que maximice la utilización de las tarjetas de pago.

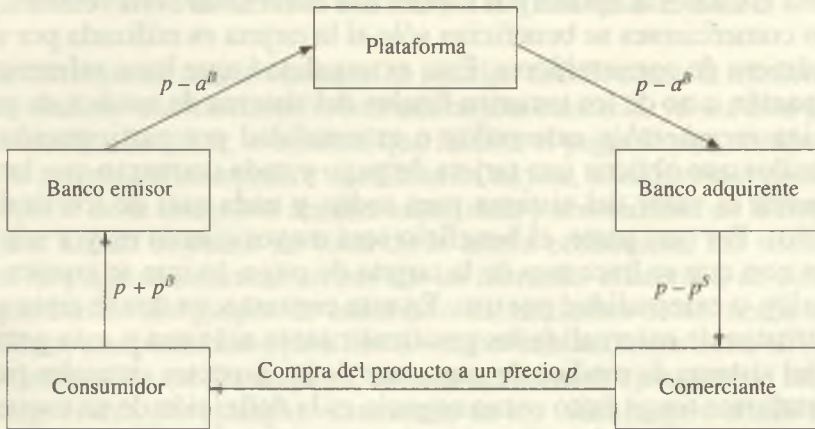
Los sistemas de medios de pago pueden operar con diferentes estructuras de negocio. Las plataformas donde el acceso a la red es explotado por el propietario de la misma (AMEX) se denominan sistemas tripartitos o esquemas de tres «patas», porque en él interactúan tres agentes: tenedores de tarjetas de pago, comerciantes y el sistema de medios de pago. En segundo lugar, las plataformas de acceso libre a la red (VISA y MasterCard) donde las entidades financieras adquieren licencias para utilizar la red bien como banco emisor de tarjetas para los consumidores, bien como banco adquirente, es decir, como banco que provee al comerciante de la infraestructura necesaria para realizar transacciones con tarjeta de pago. Este sistema se denomina sistema cuatripartito o esquema de «cuatro patas».

#### A. ANÁLISIS ECONÓMICO DE LOS SISTEMAS CUATRIPARTITOS

Los sistemas de cuatro «patas», o cuatripartitos, surgen a mediados de los sesenta y actualmente son los más extendidos. En ellos hay una pluralidad de bancos emisores y adquirentes que se relacionan con los tenedores de las tarjetas de pago y los comerciantes, respectivamente. Para que el sis-



tema funcione son necesarias tanto la existencia de una plataforma que dé soporte al intercambio de datos, como una negociación entre las entidades financieras que determine las condiciones de ese intercambio y permita que se realicen las transacciones. La existencia de elevados costes de transacción en las negociaciones multilaterales da lugar al establecimiento de un acuerdo multilateral que permita la utilización, en el mismo sistema, de todas las tarjetas emitidas. El operador del sistema se erige entonces como el agente que facilita el intercambio entre entidades y se encarga de la gestión de las autorizaciones de pago y los procesos de liquidación y compensación que se generan. La siguiente figura ilustra el esquema de funcionamiento del sistema cuatripartito:



Fuente: ROCHET, J. C. y TIROLE, J.: «A primer on payment cards», Documento realizado para la Autoridad de competencia portuguesa, julio 2005.

Cuando un individuo realiza una compra pagando con una tarjeta bancaria se adeuda un montante igual  $p + p^B$  en su cuenta del banco emisor, donde  $p$  representa el precio de producto que adquiere y  $p^B$  representa la tasa que paga a su banco<sup>1</sup>. El banco emisor transfiere  $p - a^B$  al sistema de pagos, donde  $a^B$  representa la tasa de intercambio que cobra el banco emisor por transacción. Por último, el banco adquirente ingresa  $p^S$ , que representa la tasa de descuento que aplica el banco adquirente al valor de cada transacción, de modo que el comerciante percibe  $p - p^S$  por la transacción. Se ha supuesto que el sistema de pagos no es retribuido por transacción, es decir, que el objeto del sistema de pagos no es el lucro, tal como, poniendo un ejemplo, funcionó MasterCard hasta 2003. Es obvio que la tasa de descuento tiene que ser mayor que la tasa de intercambio para que el banco

<sup>1</sup> En la práctica,  $p^B$  es habitualmente 0, o incluso tiene un valor negativo, en el caso de que el consumidor acumule descuentos por comprar en determinados establecimientos o participe en programas de puntos. Asimismo,  $p^B$  suele expresarse en una tasa anual independiente del número de transacciones.

adquirente obtenga alguna ganancia por las transacciones que se realizan a través de sus terminales de punto de venta:

$$p^S > a^B$$

Si el operador del sistema de medios de pago tiene fines de lucro, entonces habría que añadir su respectiva tasa a la tasa de intercambio que cobra el banco emisor al banco adquirente.

El desarrollo del modelo sería el siguiente:

- Los propietarios de la plataforma establecen la tasa de descuento e intercambio,  $p^S$  y  $a^B$  (y una tasa  $a^S$  si la plataforma busca obtener beneficios).
- Los bancos compiten por proveer el servicio a consumidores y comerciantes. Bajo el supuesto de que todos los bancos aplican las mismas tasas,  $p^B$  en el caso de los bancos emisores y  $p^S$  en el caso de los bancos adquirentes, las tasas se pueden expresar como funciones crecientes de los costes netos de cada uno de los lados del mercado:

$$p^B = f^B(c^B - a^B), p^S = f^S(c^S + a^B),$$

donde  $c^B$  y  $c^S$  son los costes unitarios en los que incurren respectivamente emisores y adquirentes al procesar el pago con tarjeta bancaria. Si existe competencia perfecta en ambos lados del mercado, entonces  $p^B = c^B - a^B$  y  $p^S = c^S + a^B$ , y si los márgenes de beneficios son constantes entonces  $p^B = c^B - a^B + \pi^B$ ,  $p^S = c^S + a^B + \pi^A$ .

- Los comerciantes compiten por atraer consumidores determinando los precios de sus productos y decidiendo si aceptan o no los pagos mediante tarjeta bancaria.
- Por último, los consumidores observan los precios de venta y qué tarjetas bancarias son aceptadas por los comerciantes. Ellos deciden dónde comprar y qué medio de pago utilizar.

El éxito del modelo depende de la capacidad de la plataforma para establecer un sistema de precios que fomente la pertenencia y la utilización del sistema de pagos por los usuarios de ambos lados, consumidores y comerciantes, a la vez que permite a los bancos emisores y adquirentes obtener beneficios. Los precios que se cobran a cada uno de los usuarios del sistema son una función de sus elasticidades de demanda, al igual que sucede en industrias de características semejantes<sup>2</sup>, cabiendo destacar que en los modelos de mercado de dos lados la existencia de externalidades positivas entre las dos categorías de usuarios puede llegar a producir situaciones en donde un lado del mercado queda libre del pago del servicio prestado<sup>3</sup>. La

<sup>2</sup> En el sector del transporte aéreo, es usual establecer unos precios bajos para los usuarios con una demanda más elástica (estudiantes, jubilados...), mientras que se aplican los precios más elevados a los usuarios con demanda más inelástica (hombre de negocio...).

<sup>3</sup> Un ejemplo sería la política de precios de Adobe o de otros programas de *software*. Adobe Inc., vende Acrobat Exchange, el *software* necesario para convertir cualquier formato de archivo electró-



tasa de intercambio surge como el sistema mediante el cual se compensan los precios de las demandas de los dos lados para maximizar el beneficio. En este sentido, cabe remarcar que cargar precios distintos a usuarios distintos es la forma eficiente de cubrir el coste común a la vez que se presta un servicio a un elevado número de usuarios. Dicho de otra forma: los economistas no se preocupan de la estructura existente de los precios, sino del nivel existente de los precios.

En el caso de los sistemas de medios de pago cuatripartitos, la plataforma influye en el esquema de precios final al determinar las tasas de intercambio, es decir, la tasa que tienen que pagar los bancos adquirentes a los emisores por transacción realizada. Los precios finales que se cobran a los usuarios no son fijados por la plataforma sino que son resultado de la competencia existente entre emisores y adquirentes teniendo como coste estructural la tasa de intercambio, tal como se ha visto en el modelo. El precio que se cobra a los comerciantes, que se ha denominado tasa de descuento, tiene como suelo la tasa de intercambio para que los bancos adquirentes cubran al menos los costes. Es por ello por lo que, en las últimas décadas, las patronales de comerciantes han denunciado ante las autoridades de competencia los acuerdos que alcanzan las entidades financieras sobre las tasas de intercambio a aplicar en un determinado sistema de pagos. Esta posición tiene lógica si se tiene en cuenta que la reducción o desaparición de estas tasas de intercambio tendría reflejo en los descuentos que aplicasen los comerciantes a los consumidores.

Sin embargo, la acción pública no tiene que defender los intereses de comerciantes sino el interés público y, por ello, tiene que estar fundamentada en un análisis riguroso de los fallos de mercado. Por ejemplo, se puede suponer que si existiese un *lobby* de consumidores de sistemas de medios de pago, éste tendría interés en presionar a las autoridades públicas para que se incrementasen las tasas de intercambio y así, manteniendo constante el nivel de precios, poder aumentar los beneficios que obtienen los tenedores de tarjetas de pago. La existencia de esta divergencia de intereses entre comerciantes y consumidores obliga a la autoridad en materia de derecho de la competencia a realizar un análisis riguroso.

En este sentido, cabe preguntarse si las tasas de intercambio elegidas por las plataformas están establecidas en el nivel socialmente óptimo. Autores como ROCHET y TIROLE<sup>4</sup> o WRIGHT<sup>5</sup> muestran que, a pesar de que

---

nico en formato PDF. El valor económico de este *software* proviene, en gran parte, del hecho de que cualquier lector puede descargar de forma gratuita el *software* necesario para leer archivos PDF en la página web de Adobe. Esta estructura de precios es resultado de la elevada elasticidad de demanda de los lectores de archivos que no están dispuestos a pagar por el *software* necesario para leer archivos.

<sup>4</sup> J. C. ROCHET y J. TIROLE (2002), «Cooperation among Competitors: Some Economics of Payment Card Associations», *Rand Journal of Economics*, 33 (4), pp. 1-22, y J. C. ROCHET y J. TIROLE (2003), «Platform Competition in Two-Sided Markets», *Journal of European Economic Association*, 1 (4), pp. 990-1029.

<sup>5</sup> J. WRIGHT (2001), «The Determinants of Optimal Interchange Fees in Payment Systems», *Department of Economics Working Paper*, núm. 220, University of Auckland.

las tasas de intercambio óptimas desde un punto de vista privado de las plataformas y desde el punto de vista social dependen de los mismos factores (costes y márgenes de los emisores y adquirentes, elasticidades de demanda de consumidores y comerciantes), en general no son iguales. No obstante, al nivel actual de conocimiento no existen resultados concluyentes que afirmen que las tasas de intercambio elegidas por las plataformas se desvíen de la tasa óptima social. Esto es debido a tres razones fundamentales:

1. *Externalidades de red*: Incluso un monopolista emisor no tendría interés alguno en imponer una tasa muy elevada ya que incrementaría la resistencia de los comerciantes a aceptar la tarjeta bancaria y, en consecuencia, los consumidores utilizarían otros medios de pago. Igualmente, a un monopolista adquirente no le resultaría interesante reducir en demasía la tasa de intercambio, dado que esto tendría que ser compensado con un aumento del precio aplicado a los consumidores y esto reduciría el uso de la tarjeta. Las externalidades entre usuarios de lado distinto restringen la acción del sistema.
2. *Competencia intrasistema*: La competencia entre bancos emisores por adquirir clientes que utilicen tarjetas bancarias produce que las ganancias que obtienen los emisores sean trasladadas en parte a los consumidores. Cuanta mayor sea esta competencia, menor será la ganancia que retiene el emisor. Teniendo en cuenta la escasa capacidad de retener las ganancias producidas por una mayor tasa de intercambio y la resistencia que puede generar en los comerciantes a la hora de aceptar tarjetas, la competencia entre bancos emisores sería una segunda restricción en la elección de las tasas de intercambio.
3. *Competencia intersistema*: Si existen varios sistemas de pago y los consumidores pueden disponer de tarjetas bancarias de varios sistemas, los comerciantes tendrán capacidad de rechazar aquellas que cobren una mayor tasa de intercambio, restringiendo la determinación de las tasas.

Por lo tanto, la tasa de intercambio determinada de manera privada por las entidades financieras que participan en la plataforma no tiene por qué ser mayor, igual o menor que la tasa de intercambio socialmente óptima. Esto dependerá de cómo se especifique el modelo en particular.

## B. REGULACIÓN DE LAS TASAS DE INTERCAMBIO

Aunque sea cierto que a pesar de que una asociación de bancos emisores y adquirentes tenga entre sus objetivos atraer al mayor número de usuarios de ambos lados, esto no significa que se vayan a establecer las tasas de intercambio socialmente óptimas; también es cierto que este fenómeno no es particular de los sistemas de medios de pago: prácticamente ninguna industria genera decisiones sociales óptimas. No hay razón alguna que permita creer que las compañías aéreas escogen el conjunto de rutas, frecuen-



cias de vuelos y precios socialmente óptimos, que los propietarios de derechos de propiedad maximizan el bienestar social o que las empresas biotecnológicas maximizan los recursos destinados a investigación y desarrollo socialmente óptimos.

Es por ello que, a pesar de que aunque haya abundante evidencia que demuestra que los sistemas cuatripartitos no maximizan el bienestar social, no exista consenso respecto a si es necesaria o no la regulación de las tasas de intercambio. Puede ocurrir que aunque se haya identificado claramente la existencia de un fallo de mercado, el remedio sea peor que la enfermedad. En este sentido, y como se ve más adelante, un remedio aplicado en varias jurisprudencias es la regulación de las tasas de intercambio en base a costes. Muchos economistas consideran que esta forma de regulación malinterpreta la literatura existente respecto a los mercados de dos lados e impone distorsiones al funcionamiento del mercado. Esto se debe a que la regulación en base a costes se basa implícitamente a la existencia de una estructura vertical en donde los bancos emisores prestan un servicio de intermediación a los bancos adquirentes, los cuales a su vez proveen un servicio a los comerciantes. Esta visión es errónea porque ignora el rol complementario que tienen los tenedores de tarjetas de pago y los comerciantes, y la consecuente necesidad de equilibrar las demandas de dos tipos distintos de usuarios. La tasa de intercambio no sólo afecta al coste marginal de los comerciantes, sino también al número de consumidores que pagan con tarjeta y la frecuencia del uso de la misma.

Los defensores de una regulación de las tasas de intercambio deben construir un paradigma teórico sobre el que haya consenso y que demuestre la existencia de un fallo de mercado que tiene un impacto significativo en el bienestar social, y proponer una regulación que sea consistente con el paradigma teórico y dé lugar a resultados mejores que en el caso de que no se intervenga.

### 3. EL ENFOQUE DE LA COMISIÓN EUROPEA FRENTE A LOS SISTEMAS CUATRIPARTITOS: LOS CASOS VISA Y MASTERCARD

En las últimas décadas, la Comisión Europea ha utilizado gran parte de los recursos del servicio legal y del Chief Economist de la Dirección General de la Competencia para investigar en detalle si las tasas de intercambio multilaterales y otros aspectos relacionados con los sistemas de medios de pago cumplen la normativa comunitaria en materia de defensa de la competencia. Este esfuerzo adquiere sentido cuando se tiene en cuenta que en el conjunto de los países de la Unión Europea y del Espacio Económico Europeo existen más de 500 millones de tarjetas de pago que realizan más 13.000 millones de transacciones con un valor aproximado superior al billón de dólares americanos. La tasa de descuento se ha convertido en un coste estructural para el comerciante, coste que ha ido adqui-

riendo importancia en los últimos años con el incremento de las compras con tarjeta, a pesar de que, en líneas generales, se haya reducido paulatinamente la tasa aplicada en cada transacción. En adelante se analiza el enfoque utilizado por la Comisión a la hora de aplicar la normativa europea de derecho de la competencia a los acuerdos alcanzados en el seno de los dos únicos sistemas de medios de pago que operan actualmente en toda la Unión Europea, éstas son: VISA y MasterCard.

Hay que destacar la importancia que tiene el desarrollo de estas investigaciones en la situación actual en que se está dando un fuerte impulso a la integración de los mercados financieros de la Unión Europea, mediante un bloque de Directivas que actualmente se encuentran pendientes de ser transpuestas por las respectivas legislaciones nacionales de los Estados miembros. En particular, tiene especial relevancia para los sistemas de medios de pago el Área Única de Pagos para el Euro o SEPA (acrónimo en inglés), que será la zona en la que ciudadanos, empresas y otros agentes económicos podrán hacer y recibir pagos en euros, dentro de Europa, con las mismas condiciones básicas, derechos y obligaciones, y ello con independencia de su ubicación y de que esos pagos hayan requerido, o no, procesos transfronterizos. Las decisiones que tome la Comisión respecto a los sistemas de medios de pago guiarán tanto a VISA y MasterCard como a nuevos sistemas de medios de pago en el desarrollo de sus esquemas de negocio en este nuevo contexto de mercado.

## A. ANTECEDENTES

Las investigaciones llevadas a cabo en los últimos años respecto a los sistemas de pago cuatripartitos, tienen origen en las demandas que planteó, en 1992, la patronal británica de empresas minoristas, British Retail Consortium (en adelante, BRC) frente a VISA y MasterCard. Estos dos sistemas representan aproximadamente, en conjunto, más del 50 por 100 de la cuota de mercado de las tarjetas de pago si atendemos al valor de las transacciones que se realizan con tarjeta en un punto de venta, pero quizá es más significativo que sean aún los dos únicos sistemas de pago cuatripartitos que operan en la actualidad a nivel europeo, a menos de dos años de la puesta en marcha del SEPA.

En particular, la denuncia de BRC se centraba sobre las denominadas tasas multilaterales de intercambio transfronterizas (en adelante, TMIs), que son las comisiones que cobran los bancos emisores a los adquirentes por cada transacción que utiliza una tarjeta bancaria de ambas marcas, cuando el banco emisor y adquirente radican en Estados miembros distintos<sup>6</sup>. BRC sostenía que estas TMIs suponían un acuerdo restrictivo de la

<sup>6</sup> A pesar de que en la mayoría de los países es así, la tasa de intercambio no tiene por qué ir siempre en esta dirección. En Australia, por ejemplo, la tasa de descuento la paga el banco emisor al banco adquirente.



competencia entre los bancos miembros de VISA y MasterCard. En 1999 BRC retira su denuncia a la luz de una nueva denuncia presentada por la patronal europea EuroCommerce, la cual defiende los intereses de empresas mayoristas y minoristas en la Unión Europea.

Cabe destacar que en ningún momento se ponen en cuestión las TMIs que se aplican entre bancos de un mismo Estado miembro, ya que se considera competencia de las Autoridades Nacionales de la Competencia (en adelante, ANC). Las cuestiones objeto de análisis por la Comisión Europea son, en primer lugar, las tasas de intercambio transfronterizas multilaterales que se aplican por defecto tanto en VISA como en MasterCard, y por otro lado, cláusulas contractuales como la denominada *Honor All Cards Rule*, por la cual el comerciante tiene la obligación de aceptar todas las tarjetas de pago de las licencias con las que opere el banco adquirente, o la norma de no discriminación, o *No Discrimination Rule*, que prohíbe a los establecimientos comerciales aplicar recargos a las compras que se realizan con tarjeta.

Este trabajo se centra en el planteamiento de las autoridades de competencia frente a las TMIs. No obstante, cabe mencionar que la Comisión, en su Decisión de 7 de agosto de 2001 sobre el caso COMP/D1/29.373, adopta una posición favorable con respecto a estas disposiciones del sistema de tarjetas de pago de VISA, en particular, la norma de no discriminación, las normas modificadas en materia de servicios transfronterizos o la norma *Honor All Cards Rule*. Parte de estas conclusiones se basan en los resultados de los estudios de mercado llevados a cabo en Suecia y en los Países Bajos, donde se suprimió la regla de no discriminación tras la intervención de las autoridades nacionales de competencia.

## B. EL CASO VISA

Después de la Decisión VISA I mencionada en el párrafo anterior, la Comisión se pronunció sobre las TMIs de VISA en la Decisión de 24 de julio de 2002, caso COMP/D1/29.373. En particular, tras una modificación del esquema presentado por VISA, la Comisión decide eximir hasta el 31 de diciembre de 2007 a ésta de la aplicación del art. 81 del Tratado de la Unión Europea. La línea argumental de la Comisión es la siguiente:

### a) *Infracción del art. 81.1*

En su Decisión<sup>7</sup>, la Comisión desarbola los argumentos de VISA para terminar afirmando que la TMI del sistema VISA restringe la competencia

---

<sup>7</sup> Decisión de la Comisión de 24 de julio de 2002 sobre el caso COMP/D1/29.373, OJ L293, 10 de noviembre de 2001, p. 24.

en el sentido del apartado 1 del art. 81 del Tratado CE y del art. 53 del Acuerdo EEE, al limitar sustancialmente la libertad de los bancos de determinar individualmente sus políticas de precios y tener un efecto restrictivo de la competencia entre adquirentes y emisores de VISA.

Para ello, la Comisión considera en primer lugar que la TMI en el sistema VISA no queda «por su propia naturaleza» fuera del ámbito de aplicación del apartado 1 del art. 81 del Tratado CE y el apartado 1 del art. 53 del Acuerdo EEE, ni que debe considerarse una restricción accesoria. Aunque acepta, al menos en lo que respecta a los bancos medianos y pequeños miembros de VISA, que la cooperación les permite prestar un servicio que no podrían prestar individualmente y, por tanto, en su caso se podrían tener en cuenta las directrices de la Comisión sobre la cooperación horizontal para excluir el acuerdo del ámbito de aplicación del art. 81; sin embargo, resalta que los miembros del grupo VISA y los bancos más grandes del sistema VISA sí son capaces de ofrecer un sistema de tarjeta de pago por sí solos.

Por otro lado, la Comisión no acepta el argumento de que la TMI es una transferencia de costes entre empresas que cooperan para proporcionar un servicio conjunto en una red caracterizada por factores externos y demanda conjunta. Aunque acepte que un sistema de pago cuatripartito se caracteriza por la existencia de externalidades y de una demanda interdependiente de comerciantes y titulares de tarjetas, no admite que haya suministro conjunto de un único producto. Los emisores y los adquirentes de tarjetas VISA ofrecen un servicio distinto a un cliente distinto y la emisión y la adquisición son, en lo fundamental, actividades diferentes que implican especializaciones y costes distintos. Así pues, la TMI no puede ser considerada un intercambio de costes entre socios en una empresa en participación de producción.

Se trata más bien, según la Comisión, de un acuerdo entre competidores que limita sustancialmente la libertad de los bancos de determinar individualmente sus políticas de precios y falsea las condiciones de competencia en los mercados de la emisión de tarjetas VISA y de la adhesión a las mismas. Todos los bancos de VISA emiten tarjetas VISA y son pues competidores en el mercado de la emisión de tarjetas VISA. Algunos bancos de VISA son también adquirentes, y compiten entre sí en el mercado de adquisición de VISA. Es probable que el acuerdo sobre una TMI colectiva entre los bancos participantes surta un efecto sobre la competencia de precios en los ámbitos de la adhesión y la emisión, ya que el acuerdo sobre la TMI fijará una parte considerable de los respectivos costes e ingresos finales de las partes en relación con los ingresos.

La TMI, por otra parte, produce el efecto de falsear el comportamiento de los bancos adquirentes respecto a sus clientes en el comercio minorista, porque crea un importante elemento de coste (según Eurocommerce, aproximadamente el 80 por 100 de la comisión comercial) que puede suponer un nivel mínimo para las tasas cobradas a los comerciantes adheridos, pues-



to que de otro modo el banco adquirente registraría una pérdida en su actividad de adquisición.

No obstante, la Comisión no acepta que el acuerdo sobre la TMI constituya una restricción por su objeto, ya que una TMI en un sistema cuatripartito de pago como el de VISA tiene por objetivo incrementar la estabilidad y eficiencia del funcionamiento del mismo e, indirectamente, fortalecer la competencia entre los sistemas de pago al permitir que los sistemas cuatripartitos compitan más eficazmente con los tripartitos.

#### b) *El sistema de TMI modificado*

El 27 de junio de 2001, el Comité ejecutivo del Consejo de Administración de VISA UE aprueba una propuesta de modificación del sistema de TMI que presenta a la Comisión con el objeto de obtener una exención. La propuesta final, que posteriormente es clarificada y modificada ligeramente a raíz de los comentarios formulados por la Comisión y por terceras partes, cumple con las cuatro condiciones cumulativas del apartado 3 del art. 81 del Tratado de la UE. Esto es debido a tres cambios fundamentales respecto al sistema anterior: la disminución del nivel de las TMI, la determinación de las TMI desde factores objetivos, y la dotación de mayor transparencia a las negociaciones entre adquirentes y comerciantes.

#### i) *Disminución del nivel*

Según el sistema modificado, VISA se compromete a reducir el nivel global de la TMI transfronteriza aplicable a los pagos con tarjeta particular en la Unión Europea mediante la introducción de una TMI fija por transacción para las tarjetas de débito. Asimismo, VISA procede a una reducción paulatina del nivel de las TMI *ad valores* por transacción aplicables a determinados tipos de tarjetas de crédito y de débito diferido.

Por lo que respecta a las tarjetas de débito, VISA introduce unas TMI transfronterizas fijas antes de finales de 2002. VISA se compromete a que la media ponderada de los distintos niveles de TMI (ponderada por el volumen de transacciones de cada categoría) no será superior a 0,28 euros. Esta tasa se mantendría durante cinco años, pudiendo ajustarse únicamente en caso de cambio importante de los costes del emisor contemplados en el estudio de costes que se describe más adelante. Esto supone, según VISA, una reducción de más del 50 por 100 para una transacción media con tarjeta de débito directo en comparación con la actual TMI aplicada a las tarjetas de débito.

Las TMI aplicables a las transacciones transfronterizas con tarjetas de crédito y de débito diferido se reducen durante un periodo de cinco años. Estas reducciones desembocarían, según la estimación de VISA correspon-

diente a los probables volúmenes de transacciones realizadas en esa fecha para las distintas categorías de transacciones a los que se aplican diferentes niveles de TMI, en una TMI media ponderada del 0,7 por 100 en 2007.

## ii) Objetividad

Con arreglo al sistema modificado, VISA propone tres categorías de costes de los emisores correspondientes a la prestación de los servicios de pago con VISA, como criterio objetivo para llevar a cabo la evaluación de las TMI transfronterizas que actualmente abonan los adquirentes a los emisores en concepto de transacciones en los puntos de venta. Las tres categorías de costes son: 1) el coste del procesamiento de las transacciones, 2) el coste de la cobertura financiera gratuita para los titulares de las tarjetas, y 3) el coste que supone ofrecer la «garantía de pago». Un estudio de costes en el que desglosan los datos en función de las cifras correspondientes a las tarjetas de débito inmediato y las correspondientes a las tarjetas de débito diferido y de crédito, cuantifican los elementos de coste incluidos dentro de cada una de estas tres categorías de costes.

VISA se encarga de la realización del estudio de costes que tiene que ser objeto de una auditoría realizada por una empresa independiente de auditores. Los datos utilizados en la preparación del estudio de costes se basarán en una muestra representativa de los bancos miembros de VISA, situados dentro del Espacio Económico Europeo. Posteriormente se aportan periódicamente nuevos estudios, cuyas copias se presentan a la Comisión.

Con arreglo al sistema modificado, el nivel efectivo de las TMI no puede superar la suma de las tres categorías de costes, excepto en circunstancias especiales, como, por ejemplo, para desalentar todo comportamiento que pueda obstaculizar el progreso técnico, y previa consulta a la Comisión. Por debajo de este nivel, VISA podrá fijar el nivel de la TMI que considere adecuado desde el punto de vista comercial. De este modo, el nivel resultante del estudio de costes constituye el tope máximo de las TMI aplicadas al pago con tarjeta privada de débito por una parte y con tarjeta de débito aplazado y de crédito por otra, independientemente de las reducciones concretas acordadas por VISA.

## iii) Transparencia

Para dotar de mayor transparencia a la negociación sobre las tasas de descuento entre comerciantes y bancos adquirentes, VISA propone modificar sus reglamentaciones regionales de la Unión Europea para permitir que los bancos revelen a los comerciantes, cuando éstos lo soliciten, tanto el nivel de las vigentes TMI transfronterizas de VISA en la Unión Europea



como los porcentajes relativos de las tres categorías de costes. Esto incluye la obligación de comunicar a los comerciantes que pueden solicitar a sus bancos esta información.

c) *Las cuatro condiciones del apartado 3*

Como se ha mencionado en los apartados anteriores, la Comisión exime al sistema de TMI modificado de la aplicación del art. 81 del tratado de la UE hasta el 31 de diciembre de 2007, al considerar que este nuevo sistema cumple con las cuatro condiciones cumulativas del apartado 3 del mencionado artículo. En adelante, se exponen brevemente los argumentos utilizados por la Comisión para llegar a esta conclusión.

Respecto a la primera condición, la Comisión no duda de que la existencia de sistemas de pago como el de VISA representa un considerable progreso económico y técnico, sino de si el propio acuerdo sobre la TMI, según la propuesta de modificación, contribuye específicamente a ese progreso. Como esta cuestión está íntimamente ligada a la de los beneficios para los consumidores, la Comisión toma juntas la primera y la segunda condiciones.

La red de VISA, al igual que cualquier red que se caracterice por sus externalidades, ofrecerá más funciones a cada tipo de usuario cuanto mayor sea el número de usuarios del otro tipo: cuantos más establecimientos comerciales en el sistema, más serán las funciones para los titulares, y viceversa. Se alcanzará el número máximo de usuarios del sistema cuando el coste para cada categoría de usuario sea tan equivalente como sea posible a la utilidad marginal media del sistema para dicha categoría de usuario. La Comisión admite que esto no tiene por qué lograrse simplemente mediante el cobro de cada banco a sus propios clientes, ya que una de las características de un sistema de pago cuatripartito estriba en que el banco emisor presta servicios concretos en beneficio del comerciante a través del banco adquirente. Habida cuenta de que es sumamente difícil medir con precisión la utilidad marginal media de un pago con tarjeta VISA para cada categoría de usuario, debe hallarse algún sustitutivo aceptable.

Para ello, en su propuesta de TMI modificada, VISA define tres categorías principales de costes que sirven como «parámetro objetivo» del nivel de los costes correspondientes a la prestación de los servicios de pago con VISA y que constituyen un «parámetro objetivo» para la evaluación de las TMIs transfronterizas de VISA abonadas por los adquirentes a los emisores al realizar transacciones en los terminales de punto de venta. Estas tres categorías de costes son: a) el coste del procesamiento de las transacciones; b) el coste que supone ofrecer la «garantía de pago», y c) el coste del periodo de cobertura financiera gratuita para los titulares de las tarjetas.

La Comisión considera que no existen motivos para impugnar la pertinencia de estas tres categorías de costes y admite la opinión de VISA según

la cual puede decirse que las tres son, al menos parcialmente, beneficiosas para el comerciante en la medida en que no podrá superar el coste de los servicios que los bancos emisores prestan total o parcialmente en beneficio de los comerciantes.

Respecto a la argumentación sobre el cumplimiento de la tercera condición cumulativa, la Comisión destaca que la indispensabilidad no se refiere a la existencia del sistema VISA sino a la consecución de los beneficios referidos en el apartado 3 del art. 81, es decir, la red de externalidades positivas. La Comisión observa a este respecto que la TMI modificada de VISA se basa en criterios objetivos (costes) y transparentes (en el sentido de que se revelará su nivel a los comerciantes que los soliciten). La Comisión acepta que esta TMI pueda considerarse indispensable, ya que no se ha demostrado que, en el contexto de un sistema internacional de tarjeta de pago con miles de miembros, exista una solución financiera alternativa distinta de la TMI modificada que sea tanto factible como menos restrictiva de la competencia y que al mismo tiempo contribuya al progreso técnico y económico antes citado al hablar de la primera condición del apartado 3 del art. 81. A pesar de que, teóricamente, se pueden concluir acuerdos bilaterales sobre el nivel de una tasa de intercambio, es probable que una tasa multilateral de intercambio produzca incrementos de eficacia en el sistema internacional de pago de VISA debido a los menores costes de negociación y transacción<sup>8</sup>.

A este respecto, la Comisión tiene en cuenta que no se haya demostrado que existan ejemplos de sistema internacional de tarjeta de crédito o de débito diferido que funcione sin TMI. Aunque *Eurocommerce* denuncia que existen sistemas nacionales de pago que presentan similitudes con el sistema Visa y no operan con TMIs, la Comisión resalta que estos sistemas presentan también diferencias, lo que impide cualquier comparación útil<sup>9</sup>. Estos sistemas o bien conciernen a menos bancos que el sistema VISA, o tienen vínculos directos entre los bancos emisores y los comerciantes, o tienen una TMI establecida en un nivel cero, o cuentan con un sistema de autorización en línea, lo cual reduce considerablemente el fraude.

La Comisión considera que, a pesar de que, teóricamente, se pueden concluir acuerdos bilaterales sobre el nivel de una tasa de intercambio, es probable que una TMI produzca incrementos de eficacia en el sistema internacional de pago de VISA debido a los menores costes de negociación y transacción<sup>10</sup>. Con más de 5.000 bancos en la región UE de VISA, es probable que debido a los costes de negociación y transacción las tasas de

<sup>8</sup> La Comisión considera asimismo que esta conclusión no es necesariamente válida en un contexto nacional, donde el número de bancos puede ser mucho menor y los aumentos de eficiencia de un arreglo multilateral respecto a acuerdos bilaterales pueden no sobrepasar la desventaja de la creación de una restricción de la competencia.

<sup>9</sup> En particular, la Decisión de la Comisión hace referencia al sistema alemán ec-Karte, al sistema australiano EFTPOS y al sistema canadiense Interac.

<sup>10</sup> Esta conclusión no es necesariamente válida en un contexto nacional, donde el número de bancos puede ser mucho menor y los aumentos de eficiencia de un arreglo multilateral respecto a acuerdos bilaterales pueden no sobrepasar la desventaja de la creación de una restricción de la competencia.



intercambio bilaterales, aun siendo técnicamente posibles, darían lugar a unas tasas mayores y menos transparentes. A su vez, es probable que esto dé lugar a unas comisiones comerciales más altas. Por este motivo, es necesaria una TMI mínima por defecto para los casos en que dos bancos no han conseguido o no han intentado llegar a un acuerdo bilateral. Al no existir un acuerdo sobre intercambio, los bancos emisores tendrían que absorber los costes de estos servicios o cargarlos directamente, en todo o en parte, al titular. Es probable que si absorbieran los costes éstos fueran recuperados mediante tasas más altas sobre servicios no relacionados (subvenciones cruzadas). Si se cargasen los costes de estos servicios al titular (en forma de incremento de las tarifas anuales de las tarjetas VISA o de tasas correspondientes a las transacciones) podría considerarse una alternativa mucho menos restrictiva que la TMI, ya que sería cada banco, y no un acuerdo multilateral, el que determinaría unilateralmente las tasas aplicadas a los titulares. Sin embargo, el cobrar estos costes a los titulares podría desestabilizar el sistema VISA, ya que ciertos titulares podrían usar menos su tarjeta VISA al considerar en ese caso que el precio es excesivo dado que incluye el coste de servicios que no se prestan íntegramente a ellos sino más bien a los comerciantes. Esta reducción del uso de tarjetas VISA haría que la tarjeta fuese menos interesante para los comerciantes, desencadenando así una espiral descendente en la dimensión del sistema VISA.

Por último, respecto a la cuarta condición, la Comisión considera que la TMI no elimina la competencia entre emisores, que tienen libertad para fijar las tasas de sus respectivos clientes. Además, aunque de hecho fija un nivel mínimo para las comisiones comerciales, tampoco elimina la competencia entre adquirentes ya que los bancos adquirentes tienen libertad para fijar las citadas comisiones y todavía pueden competir respecto a los otros componentes de la comisión comercial distintos de la TMI. Tampoco elimina la competencia entre VISA y sus competidores, en especial MasterCard. En este sentido, la Comisión afirma que carece de prueba alguna de la existencia de una concertación entre VISA y MasterCard.

### C. EL CASO MASTERCARD

En la Decisión sobre el caso MasterCard, la Comisión concluye que las TMIs de MasterCard para las transacciones transfronterizas con tarjetas de débito y de crédito al consumo de las marcas MasterCard y Maestro en el Espacio Económico Europeo violan las normas del Tratado CE en materia de prácticas comerciales restrictivas al inflar el coste de la aceptación de la tarjeta por parte de los minoristas sin lograr eficiencias contrastadas. En el comunicado de prensa se hace referencia a la caducidad de la exención del sistema VISA y la necesidad de que éste cumpla con las normas de competencia de la Unión Europea, hecho que refleja la evolución de la visión de la Comisión respecto a las TMIs y sus efectos restrictivos. En adelante, se hace una breve exposición del análisis de la Comisión.

a) *Infracción del art. 81*

Al igual que en el caso VISA, la Comisión concluye en su Decisión sobre el caso MasterCard que esta entidad opera como una asociación de empresas sujeta a la aplicación del art. 81 del Tratado de la Unión Europea. En este caso, la complejidad surge con la apertura a bolsa de parte de su capital el 25 de mayo de 2006, dado que MasterCard argumenta que a partir de entonces deja de ser una asociación de empresas para pasar a ser considerada como una empresa independiente cuya finalidad es aumentar el valor de las acciones de sus propietarios.

Sin embargo, la Comisión hace referencia a una definición amplia de asociación de empresas establecida por la jurisprudencia europea al respecto, que intenta evitar que las empresas asociadas evadan la normativa de Derecho de la competencia transformando la naturaleza del medio a través del cual coordinan sus acciones. En este sentido, la Comisión observa una serie de similitudes entre la organización de MasterCard, antes y después de mayo de 2006, que le permiten determinar que esta entidad era y sigue siendo una asociación de empresas. Entre estas similitudes cabe destacar que los propietarios de la empresa siguen siendo entidades financieras, que se mantienen las mismas reglas para obtener la licencia MasterCard, que la toma de decisiones es prácticamente similar y que el concepto de miembro se mantiene inamovible. En definitiva, la Comisión muestra que la personalidad legal de la empresa no es un factor relevante a la hora de determinar si existe o no una asociación de empresas.

En segundo lugar, la Comisión desarbola la argumentación de MasterCard para concluir que las TMIs son una expresión de la voluntad de los miembros de la asociación de coordinar sus acciones entre sí, incluso después de que MasterCard saliera a bolsa y comenzase a «imponer» sus tasas a los bancos miembros en lo que según MasterCard es una relación proveedor-cliente.

b) *Las cuatro condiciones del apartado 3*

Al contrario de lo que sucede en el caso VISA tras la presentación de las TMIs modificadas, en el caso MasterCard las TMIs no cumplen las cuatro condiciones cumulativas del apartado 3 del art. 81 del Tratado de la Unión Europea. La argumentación de la Comisión muestra una mayor experiencia en este sector, siendo bastante probable que éste sea el enfoque que seguirá en las investigaciones que han comenzado a llevarse a cabo respecto a las TMIs de VISA, una vez que la exención ha expirado.

Ya con la primera condición cumulativa, que exige que el acuerdo contribuya a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, la Comisión hace recaer la carga de la prueba sobre MasterCard, que debe demostrar que la hipótesis de



que el acuerdo, a pesar de que sea restrictivo, genera beneficios objetivos apoyada en evidencia empírica robusta. La Comisión, a pesar de saber que la teoría económica no puede determinar cuál es la tasa de intercambio, no considera que la carga de la prueba sea excesiva. Para ello se basa en estadísticas sobre el grado de penetración de las tarjetas bancarias en la población de los distintos Estados miembros, mostrando que en cuatro de los siete Estados miembros con mayor grado de penetración, los sistemas de medios de pago operan sin TMIs<sup>11</sup>. La Comisión sostiene que a tenor del funcionamiento de estos esquemas, MasterCard tiene que demostrar con abundante evidencia los efectos que produce las TMIs sobre el volumen de ventas que se realiza en su sistema, si se considera a las TMIs como la pieza clave que permite que el sistema funcione de forma eficiente. Al no poderse demostrar esta línea de causalidad entre las TMIs y las eficiencias objetivas que produce el sistema, la Comisión concluye que el acuerdo no cumple la primera condición del apartado 3 del art. 81 del Tratado de la Unión Europea.

La línea de argumentación respecto a la segunda condición es similar a la primera condición. En este caso, la Comisión considera que MasterCard tiene que demostrar, apoyado en abundante evidencia, que las ganancias en eficiencia compensan los efectos restrictivos que se producen por el lado del adquirente y el comerciante. Aunque los comerciantes se beneficien de las externalidades positivas que produce el lado del emisor por existir una TMI, esto no quiere decir que este beneficio compense el coste que supone tener que abonar la TMI mediante el pago de la tasa de descuento al banco adquirente. Es más, a tenor del análisis de cómo MasterCard determina el límite máximo de las TMIs, la Comisión sostiene que no queda probado el beneficio que le supone al comerciante el coste del periodo de cobertura financiera gratuita para los titulares de las tarjetas, alejándose de la Decisión del caso VISA en donde considera este coste como un servicio que los bancos emisores prestan total o parcialmente en beneficio de los comerciantes.

Respecto a la tercera condición cumulativa, que obliga a que la restricción sea indispensable para alcanzar estos beneficios objetivos, la Comisión vuelve a hacer hincapié en la evidencia existente respecto a otros sistemas de pago que operan, a nivel estatal, en algunos Estados miembros sin TMIs. En particular, incide de nuevo en que el uso de tarjetas bancaria per cápita es especialmente elevado en aquellos Estados miembros que tienen estos sistemas.

Una vez demostrado el incumplimiento de las tres primeras condiciones, la Comisión no demuestra si el acuerdo cumple la cuarta condición, que hace referencia a la eliminación de la competencia. El acuerdo de fijación de las TMIs restringe la competencia al tener como efecto el establecimiento de un precio suelo que los comerciantes se ven obligados a pagar

---

<sup>11</sup> La Comisión se refiere a Finlandia, Dinamarca, Países Bajos y Luxemburgo.

si quieren aceptar tarjetas bancarias. Por ello se impone a MasterCard el cese de la aplicación de estas TIMs y la modificación de las reglas por las que éstas son determinadas en seis meses tras la publicación de la notificación.

#### 4. EL ENFOQUE DE LAS AUTORIDADES NACIONALES DE LA COMPETENCIA

En adelante, se hace una breve exposición de las líneas de actuación más recientes de las autoridades de competencia británica y española en casos relacionados con los sistemas de medios de pago.

##### A. LA *OFFICE OF FAIR TRADING*

Han discurrido ya más de ocho años desde que la autoridad británica de competencia, la OFT, iniciase su investigación sobre las tasas de intercambio. El 1 de marzo de 2000, el día en que la Competition Act entró en vigor, MasterCard notificó a la OFT un conjunto de acuerdos incluyendo el acuerdo sobre las TIM del MasterCard UK Members Forum Limited (MMF). Seis meses después, el BRC demandó a MasterCard ante la OFT por este esquema de TIM. Estas tasas son aplicadas por defecto siempre que los miembros de MasterCard no hubieran negociado previamente la aplicación de unas tasas de intercambio bilaterales. Sin embargo, entre el 1 de marzo de 2000 y el 18 de noviembre de 2004 las tasas de intercambio bilaterales eran prácticamente inexistentes entre las entidades financieras miembros de MasterCard en Reino Unido, aplicándose en consecuencia las TIM.

El planteamiento de la OFT respecto al cumplimiento o no de las TIM del MMF del art. 81 del TUE y del capítulo I de la Competition Act se ha basado en dos cuestiones vitales: ¿Produce el acuerdo sobre las TIMs una restricción apreciable de la competencia? Y, en ese caso, ¿cumple el acuerdo las condiciones cumulativas del párrafo 3 del art. 81 del TUE, de modo que se pueda considerar como una excepción de la prohibición de todo acuerdo entre competidores?

Respecto a la primera pregunta, la OFT concluye, en su Decisión de septiembre de 2005, que el acuerdo de las TIMs por defecto del MMF creaba una restricción significativa de la competencia por dos vías. En primer lugar, porque la existencia de las TIMs producía poca o ninguna competencia sobre las tasas de intercambio, actuando como suelo de las tasas de descuento que aplican los bancos adquirentes sobre los consumidores ya que, como se ha mencionado anteriormente, para que los adquirentes obtengan beneficios de los servicios que prestan a los comerciantes, tienen que recuperar el coste de la tasa de intercambio que abonan a los bancos emisores. En segundo lugar, a través de las TIMs los bancos emisores recu-



peran costes de servicios que no son inherentes al sistema de medios de pago, como son, por ejemplo, los costes de aplicar un interés cero al tenedor de la tarjeta MasterCard cuando éste compra a crédito. La OFT se refiere a estos costes en su Decisión como costes «ajenos» que podrían ser recuperados por otras vías aparte de las TIMs. La inclusión de estos costes «ajenos» incrementa el precio base de las tasas de descuento que aplican los adquirentes a los comerciantes que, a su vez, generalmente trasladan al precio de los productos que ofrecen, de forma que al final son los consumidores quienes hacen frente a este coste que se aplica por cada transacción pagada mediante una tarjeta MasterCard, independientemente de si el consumidor paga con esta tarjeta o con cualquier otro medio de pago. Dicho de otra forma, el efecto de unas TIMs más elevadas por la recuperación a través de esta vía de costes «ajenos», genera una especie de impuesto sobre los comerciantes que trasladan a los consumidores mediante un incremento de los precios de sus productos.

La recuperación de estos costes «ajenos» a través de las TIMs genera un incentivo para los bancos emisores para crear un esquema que fomente el uso de las tarjetas de crédito, subvencionando la emisión de tarjetas y su uso con, por ejemplo, programas de fidelidad o descuentos sobre el valor de las compras, en detrimento de otros medios de pago como son las tarjetas de débito o el dinero en efectivo. Asimismo, este esquema distorsiona la competencia entre MasterCard y otros sistemas de medios de pago que no tienen la misma estructura de negocios.

En la Decisión se hace además referencia a la restricción que produce el acuerdo sobre la competencia entre bancos emisores. Por una parte, en el caso de que los costes «ajenos» se recuperasen mediante los tenedores de tarjetas de crédito, es probable que estas entidades compitiesen más entre sí en relación con los precios que apliquen a sus clientes por poseer una tarjeta de crédito. Por otra parte, la subvención de las tarjetas de crédito y de su uso fomenta el uso de este tipo de tarjetas de pago en vez de otros medios de pago.

Respecto a la pregunta de si el acuerdo sobre las TIMs del MMF cumple o no el parrafo 3 del art. 81, la OFT reconoce que un acuerdo colectivo que establece las TIMs puede producir beneficios para el consumidor. En primer lugar, los sistemas de pago con tarjeta como el de MasterCard proveen a los consumidores de un útil medio de pago. Un aspecto clave es que los consumidores saben que una tarjeta MasterCard dispone de una amplia aceptación en los comercios, aunque cabe mencionar que también supone que los comerciantes no pueden seleccionar las tarjetas que aceptan por la existencia la cláusula *Honor All Cards Rule*. En el caso de que no existiese un acuerdo colectivo, un banco emisor o adquirente que se integrase en MasterCard tendría que negociar las tasas de intercambio bilateralmente, incrementando de este modo los costes de transacción de la negociación.

No obstante, la OFT condiciona, para que las TIMs produzcan beneficios para el consumidor, a que el valor de las TIMs sea apropiado, estable-

ciendo como valor máximo los costes del proceso de pago en que incurren los bancos emisores. Por tanto, la Decisión concluye que, como las TIMs permiten recuperar costes «ajenos» al proceso de pago, no tienen un valor apropiado y, en consecuencia, no satisfacen las condiciones cumulativas que permitiesen considerar el acuerdo como una excepción a la aplicación del art. 81 del Tratado de la Unión Europea. Es decir, dado que las TIMs permiten recuperar costes «ajenos», su valor es superior al que se pudiera alcanzar si no existiera el acuerdo colectivo del MMF, creando una situación en donde los consumidores no participan de forma equitativa de las ventajas que implican las TIMs al cobrar un precio excesivo a los comerciantes y trasladar estos costes a los precios de los productos que adquieren los consumidores. La OFT destaca asimismo que, al ser poco frecuente que los comerciantes establezcan un recargo a aquellas transacciones que impliquen la utilización de una tarjeta de crédito, la traslación del coste de las TIMs recae sobre todos los consumidores, de modo que los consumidores que no utilizan estas tarjetas subvencionan los beneficios que obtienen los tenedores de tarjetas, resaltando que esto afecta, en particular, a los consumidores de renta y los que han tenido problemas en el pasado con la devolución de sus créditos.

A partir de este planteamiento, la OFT concluye que el acuerdo sobre las TIMs del MMF infringe el art. 81 del TUE y el capítulo I de la Competition Act, obligando a MasterCard a poner fin a la infracción, aunque, no impone sanciones. Actualmente, la OFT continúa su investigación sobre los sistemas de medios de pago intentando mantener el enfoque planteado respecto a la decisión MasterCard de considerar los acuerdos colectivos sobre la determinación de las TIMs como una infracción del art. 81, a no ser que cumplan las condiciones cumulativas del párrafo 3 del mismo artículo, recayendo la carga de la prueba sobre las entidades denunciadas. En este sentido, el 20 de junio de 2006 se envía una nota de prensa anunciando investigaciones paralelas respecto a las TIMs de MasterCard y Visa y en 2007 anuncia la ampliación de las investigaciones a las tarjetas de débito.

## B. LA COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA

En España, las principales asociaciones de comerciantes y los tres sistemas de pago que actualmente operan en el mercado español, Servired, Telebanco y Euro 6000, suscribieron el Acuerdo Marco regulador de la fijación de las tasas de intercambio en transacciones con pago mediante tarjetas de crédito o débito que posteriormente fue asumido por el extinto Servicio de Defensa de la Competencia como Acuerdo de Terminación Convencional.

El objetivo de dicho acuerdo era el establecimiento de nuevos criterios de fijación de las TIMs, tanto intrasistema como intersistema, que se aplican en ausencia de un acuerdo bilateral entre entidades financieras. Dicho acuerdo se basa en los principios de objetividad, transparencia y diferen-



ciación entre operaciones con tarjeta de crédito y operaciones con tarjeta de débito.

El acuerdo entró en vigor el 1 de enero de 2006, y está previsto que tenga una duración de cinco años con la posibilidad de renovarlo por periodos sucesivos de dos años. En él se definen los criterios estructurales, las características cualitativas y los límites cuantitativos de las TMIs intersistema e intrasistema de ámbito nacional. Con carácter transitorio hasta el 31 de diciembre de 2008, está previsto aplicar unos límites para cada uno de los tres años distinguiendo entre tarjeta de débito y de crédito y volumen de transacciones del comerciante. A partir de tal fecha, está previsto que las TIMs se determinen en base a costes en función de los informes de auditoría que deben presentar los sistemas de medios de pago antes del 31 de julio de 2008. En el caso de que la Dirección de Investigación de la Comisión Nacional de la Competencia determine la inaplicabilidad de las tasas en función de los costes, se llevarán a cabo por defecto una serie de reducciones de las TMIs.

Asimismo, para dotar de mayor transparencia a las negociaciones entre bancos adquirentes y comerciantes sobre las tasas de descuento, se ha constituido el Observatorio de Pagos con Tarjeta Electrónica. El Observatorio es un órgano consultivo, asesor, de coordinación y colaboración entre la Administración General del Estado y las organizaciones representativas del comercio, de las entidades financieras emisoras de tarjetas y de los consumidores y usuarios, que tiene como objeto estudiar y analizar los procesos y la evolución de los procesos de pago electrónicos.

De acuerdo con el análisis del extinto Servicio de Defensa de la Competencia, el acuerdo cumple las condiciones cumulativas para no aplicar el art. 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (antiguo art. 1 de la Ley 16/89, de 18 de julio).

En primer lugar, respecto al cumplimiento de la primera y segunda condición cumulativa, se hace referencia a los menores costes de transacción y negociación que implica el acuerdo multilateral de fijación de TMIs, argumento utilizado también en la decisión VISA. Asimismo, se menciona la mayor eficacia que produce el acuerdo multilateral al fomentar el uso de un medio de pago más económico que el pago en efectivo o mediante cheque y las externalidades positivas que trae consigo la mayor aceptación por el público de este medio de pago. Por otro lado, estos beneficios redundan tanto en los titulares de tarjetas de pago como en los comerciantes al garantizarse un tope máximo de la tasa a aplicar que va a ir disminuyendo anualmente, asegurarse que el acuerdo no entorpezca la entrada de nuevos operadores y, principalmente y a diferencia del TMIs modificadas presentadas por VISA, porque el acuerdo es suscrito por los comerciantes, lo que refleja que éstos participan de los beneficios del acuerdo. En el caso de los consumidores, a pesar de que no haya asociaciones de consumidores entre los firmantes del acuerdo, hay que destacar que éstos participan en el Observatorio que analiza la evolución de las TMIs.

Respecto a la indispensabilidad de las restricciones, tercera condición para no aplicar el art. 1, el extinto SDC considera que las restricciones derivadas de un acuerdo de fijación de las TMIs sólo serán indispensables si no incluyen más que determinados costes en determinadas condiciones. La transparencia, la diferenciación entre operaciones con tarjeta de débito y crédito y la determinación de las TMIs en base a costes a partir de 2009 permiten garantizar, según el extinto SDC, esta indispensabilidad.

Por último, el acuerdo cumple con la cuarta condición, porque no elimina la competencia en el mercado mayorista al permitir que los bancos alcancen acuerdos bilaterales de determinación de las TMIs. En efecto, las TMIs que se adoptan en el acuerdo son de aplicación por defecto, siendo de aplicación preferente los acuerdos establecidos unilateral y bilateralmente. Por otro lado, cada sistema de medios de pago dispone de plena autonomía para evaluar y ajustar la determinación de sus costes, manteniéndose la competencia tanto intrasistema como intersistema.

En definitiva, a pesar de que el planteamiento se acerca a las posturas de la OFT o de la Comisión en el caso VISA, también es próximo al planteamiento del caso MasterCard de la Comisión al garantizarse, con la participación de los comerciantes en el acuerdo, que éstos participan de los beneficios que otorgan el establecimiento de las TMIs.

## 5. CONCLUSIÓN

En las últimas décadas, las autoridades de competencia se han encontrado con el dilema de evitar que las entidades dispongan de su posición dominante en los sistemas de medios de pago para abusar de la rigidez de los comerciantes a la hora de aceptar tarjetas de pago con mayor proliferación entre los consumidores, y que esto no restrinja la expansión, favorecida por las TMIs, de un medio de pago más eficiente que el pago en efectivo o con cheque. La teoría económica no proporciona resultados concluyentes sobre cuál debe de ser la tasa de intercambio óptima o si las tasas de intercambio determinadas de forma privada se alejan del óptimo social. Esto ha dado lugar a planteamientos dispares por parte de las autoridades de competencia, sin que haya un consenso sobre el modo de solucionar este dilema.





# LAS AUTORIDADES DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA COMO *AMICUS CURIAE*. UNA PERSPECTIVA INTERNACIONAL

Diego CASTRO-VILLACAÑAS PÉREZ\*

Asesoría Jurídica

Comisión Nacional de la Competencia

## 1. INTRODUCCIÓN

La Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) ha supuesto el mayor cambio experimentado por el Derecho *antitrust* español desde la incorporación de nuestro país a las Comunidades Europeas en 1986, y la subsiguiente aprobación de la primera normativa legal adaptada al Derecho europeo de la competencia (y también a la Constitución de 1978), la Ley 16/1989.

Aunque la reforma del marco regulador español realizada por la ley 15/2007 tenía objetivos propios, derivados de necesidades específicas de nuestro ordenamiento<sup>1</sup>, la Ley de Defensa de la Competencia de julio de 2007, como su antecesora de 1989, tenía como una de sus metas fundamentales conseguir una mejor adaptación de la normativa española a los parámetros del Derecho comunitario. Objetivo especialmente importante en estos momentos, cuando el Derecho europeo de la competencia ha experimentado, desde comienzos de siglo, un intenso proceso de cambio denominado habitualmente «modernización», cuya plasmación más importante han sido los nuevos Reglamentos Comunitarios de prácticas prohibidas (Reglamento 1/2003)<sup>2</sup> y de concentraciones económicas (Reglamento 139/2004)<sup>3</sup>.

Una de las novedades incluidas en la Ley 15/2007 cuyo significado no puede entenderse sin este anclaje comunitario es, sin duda, la introducción

\* Las opiniones vertidas en este artículo son estrictamente personales.

<sup>1</sup> Luis BERENGUER FUSTER, «La reforma de la Política de Competencia en la Unión Europea y su incidencia en el sistema español», *Cuadernos europeos de Deusto*, núm. 38, 2008, pp. 51-80.

<sup>2</sup> Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los arts. 81 y 82 del Tratado.

<sup>3</sup> Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas.



en la normativa nacional de la institución del *amicus curiae*. Con esta herramienta las Autoridades de Defensa de la Competencia pueden presentar observaciones (orales y escritas) ante los órganos jurisdiccionales españoles que aplican la normativa de competencia. La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) incluida en la disposición adicional segunda de la LDC permite que tanto la Comisión Europea como la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas puedan intervenir, sin tener la condición de parte, en procesos judiciales civiles, emitiendo observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE) o los arts. 1 y 2 de la LDC.

La introducción de la figura del *amicus curiae* en la legislación procesal española tiene un claro precedente en las disposiciones del Reglamento 1/2003 (en concreto en el art. 15.3 de dicha norma), siendo altamente dudoso que se hubiera llevado a cabo (o incluso planteado teóricamente) sin el concurso del ejemplo comunitario y la necesidad de armonizar nuestra legislación con el ordenamiento europeo. Sin embargo, la introducción del *amicus curiae* en el Reglamento 1/2003 fue también, en su momento, una importante novedad para el Derecho europeo de la competencia, al ser una institución jurídica más propia de los sistemas de *common law*.

Este origen internacional de la institución y su acogimiento en el marco legislativo español por la influencia directa del Derecho comunitario aconsejan, para una mejor comprensión de la figura y sus posibilidades de acción, rastrear en el Derecho comparado cuáles son los orígenes de la misma y cómo se plantea su uso en distintas legislaciones.

## 2. ORIGEN, EXPANSIÓN Y EVOLUCIÓN DE LA INSTITUTUCIÓN DEL *AMICUS CURIAE*

La figura del *amicus curiae* («amigo de la Corte o del Tribunal») es una institución jurídica procedente del *Common Law*, altamente consolidada en países cuyo sistema jurídico se adscribe al modelo anglosajón, como los Estados Unidos o Canadá, pero extraña para la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea, y prácticamente desconocida en el ordenamiento jurídico español.

El *amicus curiae* puede definirse como «aquella persona física o jurídica que, careciendo de legitimación para participar en un litigio como parte principal ni tercero, asiste al tribunal mediante la aportación de fuentes adicionales de información objetiva»<sup>4</sup>. De forma más breve se ha definido

---

<sup>4</sup> L. DE LA CRUZ IGLESIAS, «Las Comunicaciones *amicus curiae* en la OMC: el asunto *Amianto*», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 3, 2001, p. 2, en [www.reei.org](http://www.reei.org).

como «un tercero ajeno a la disputa judicial pero que ostenta un justificado interés en el modo como el litigio se resolverá en definitiva»<sup>5</sup>.

Habitualmente se considera que el *amicus curiae* tiene orígenes remotos en el Derecho romano<sup>6</sup>. Si embargo, es en la Inglaterra medieval donde, a partir del siglo IX, los estudiosos sitúan el desarrollo de la institución jurídica actual que, paulatinamente, se fue incorporando a los ordenamientos de la mayor parte de las colonias británicas que adoptaron el sistema de *Common Law* originario de la metrópoli. Como ejemplos de ordenamientos que actualmente lo admiten pueden citarse la *Rule 18* del Tribunal Supremo de Canadá; la Orden IV § I del Reglamento del Tribunal Supremo de la India; la *Rule 81* del Tribunal Supremo de Nueva Zelanda y, finalmente, el precedente *Lange v. ABC* (S 108/166) en Australia<sup>7</sup>.

Fue, sin embargo, en Estados Unidos, la colonia británica que antes alcanzó su independencia, donde el instituto del *amicus curiae* se afianzó con mayor firmeza en el ordenamiento jurídico, alcanzando una importancia destacada, con enorme trascendencia en diversos ámbitos, incluido en Derecho *antitrust*.

Desde el ámbito anglosajón el *amicus curiae* ha tenido una amplia difusión en el Derecho internacional. Como recuerda DE LA CRUZ IGLESIAS<sup>8</sup> «la aceptación de las alegaciones de *amici curiae* [...] no es tampoco una práctica desconocida en el Derecho internacional. En este sentido, cabe destacar el reconocimiento de esta figura por los Tribunales internacionales y regionales que se ocupan de la protección de los derechos humanos, como los Tribunales Penales Internacionales para la antigua Yugoslavia y para Ruanda, la futura Corte Penal Internacional, o el Tribunal Europeo de derechos humanos. Incluso la Corte Internacional de Justicia, a pesar de no contar en su Estatuto con ninguna disposición que le otorgue tal facultad, ha asumido en alguna ocasión su potestad de tomar en consideración comunicaciones *amicus curiae* en el ejercicio de su jurisdicción consultiva».

La expansión de la figura del *amicus curiae* a distintos ordenamientos jurídicos y su utilización intensiva en alguno de estos sistemas legales (Estados Unidos) ha provocado que la figura primigenia de *amigo del tribunal* haya transmutado alguna de las características de la institución. Si bien en un principio el objetivo principal del *amicus* era proporcionar una ayuda neutral al tribunal, suministrándole información sobre cuestiones esencialmente jurídicas sobre las que pudiera albergar dudas, poniendo a su

<sup>5</sup> Víctor BAZÁN, «*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso», *Biblioteca Jurídica Virtual*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, <http://www.bibliojuridica.org>.

<sup>6</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», *Derecho de los negocios*, núm. 206, 2007, pp. 5 y 6.

<sup>7</sup> G. C. UMBRIGHT, «An "Amicus Curiae Brief" on Amicus Curiae Briefs at the WTO», *Int Economic Law*, 2001, 4, p. 780. Citado por V. BAZÁN, «*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso», p. 252.

<sup>8</sup> L. DE LA CRUZ IGLESIAS, «Las Comunicaciones *amicus curiae* en la OMC: el asunto *Amianto*», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 3, 2001, pp. 2-3, en [www.reei.org](http://www.reei.org).



disposición fallos jurisprudenciales o antecedentes doctrinales útiles para dirimir casos con cierto grado de complejidad, «actualmente ha abandonado su carácter otrora imparcial, para convertirse en una suerte de interviniendo interesado y comprometido, que argumenta jurídicamente para obtener un pronunciamiento favorable a la posición que auspicia. Como gráficamente ha afirmado KRISLOV, *what was once a gesture of friendship has become a deliberate act of advocacy* (“The Amicus Curiae Brief: from Friendship to Advocacy”)<sup>9</sup>.

Esta evolución es particularmente importante en Estados Unidos, donde puede apreciarse la importancia de esta institución jurídica y su relevancia en muy variados ámbitos jurídicos.

### 3. EL *AMICUS CURIAE* EN ESTADOS UNIDOS

El arraigo del instituto del *amicus curiae* en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos es notorio, alcanzando todos los estratos que conforman su sistema judicial hasta el Tribunal Supremo. Precisamente en el Reglamento de alto Tribunal norteamericano se encuentran numerosas referencias al *amicus curiae* en varias reglas: 21.2.b), 21.4, 28.7, 29.6, 37 y 44.

Algunos autores han destacado que el intenso uso de la institución del *amicus curiae* en el ordenamiento estadounidense se debe al especial contexto jurídico en el que éste se mueve y, en especial, a su sistema del precedente. De esta forma «el *amicus curiae* permite la ampliación de participantes en el debate. Así, mientras mayor sea la participación de ideas en el debate constitucional, mayor será la legitimidad del precedente que se establezca»<sup>10</sup>.

La configuración del *amicus curiae* en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos se conforma en torno a los siguientes elementos<sup>11</sup>:

- El *amicus curiae* no es una parte del proceso y se diferencia claramente de la intervención adhesiva simple en el mismo.
- Igualmente se diferencia del auxiliar del Tribunal, ya que actúa voluntariamente y no respondiendo a una solicitud del Tribunal ni de ninguna de la partes.
- El *amicus curiae* puede alegar argumentos no esgrimidos por las partes siempre que demuestre tener un interés legítimo para ello, dado que el fallo judicial afectará intereses dignos de tutela de los que es titular o representa.

<sup>9</sup> Víctor BAZÁN, «*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso», *Biblioteca Jurídica Virtual*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (<http://www.biblioiuridica.org>), p. 257.

<sup>10</sup> J. V. SOLA, «El recurso extraordinario y el debate constitucional», citado por V. BAZÁN, «*Amicus curiae*, transparencia del debate judicial y debido proceso», p. 254.

<sup>11</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», p. 6.

- De esta forma el *amicus* no es un perito nombrado por el juez o por las partes que carece de intereses propios en el litigio sino que defiende o tutela un interés de carácter público o privado, voluntariamente, como consecuencia de un deber legal o en representación de intereses económicos, de los consumidores, profesionales o empresariales.
- Su actuación no versa sobre el conjunto del proceso sino que se centra en una o varias cuestiones. Su actuación tampoco tiene como finalidad decidir el resultado del procedimiento ni favorecer a una de las partes del mismo.
- La intervención como *amicus curiae* no supone el ejercicio de un derecho sino que exige la venia del Tribunal o el consenso de las partes, salvo en los casos en que la intervención como amigo del tribunal la desarrolle una administración pública, un organismo público o una agencia estatal.
- El análisis y las observaciones del *amicus curiae* no deben ser estrictamente jurídicas ni el que interviene como tal debe ser un jurista. Pueden actuar como *amicus curiae* distintas profesiones (economistas, estadísticos, sociólogos o, incluso, biólogos, historiadores o antropólogos), siempre que sus observaciones tengan incidencia jurídica respecto a la definición o a la valoración de los hechos o la interpretación de la norma.

De acuerdo con estas características las intervenciones de *amicus curiae* en Estados Unidos pueden clasificarse en tres categorías:

- Las intervenciones desarrolladas por entidades públicas, normalmente como consecuencia de un deber legal (éste es el caso de la *Federal Trade Commission* —FTC—).
- Las intervenciones de asociaciones u organizaciones que representan intereses económicos (profesionales, empresariales, sindicales o de consumidores). Un ejemplo de este tipo de asociaciones lo representaría la *Electronic Frontier Fondation*.
- Las intervenciones como *amicus curiae* de asociaciones u organizaciones que representan intereses extraeconómicos. Estas intervenciones suelen ser frecuentes (y de gran importancia) en procedimientos judiciales relacionados con los derechos civiles, con observaciones remitidas al tribunal que juzga por asociaciones como la *American Civil Liberties Union*.

Como señala el profesor RUIZ PERIS refiriéndose al sistema de *common law* pero sobre todo al caso norteamericano «la intervención no queda en modo alguno [...] limitada a las entidades públicas, sino que las asociaciones representativas, los grupos organizados *ad hoc*, o los despachos de abogados en tutela de los intereses de sus clientes, pueden actuar como *amicus curiae*»<sup>12</sup>.

<sup>12</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», p. 6.



La evolución de la institución en el ordenamiento jurídico norteamericano y la proliferación de personaciones como *amicus curiae* han provocado que algunos magistrados expongan sus dudas sobre la utilidad de la mayoría de estas intervenciones. Así, el juez Richard POSNER en 1997 afirmó lo siguiente:

«Después de dieciséis años de lectura de informes de *amicus curiae*, la gran mayoría de los cuales no han ayudado a los jueces, he decidido que sería bueno examinar estas propuestas de forma más cuidadosa. La gran mayoría de los informes *amicus curiae* se presentan por aliados de los litigantes y duplican los argumentos ya esgrimidos por las partes del proceso, ampliando de hecho la extensión de las alegaciones de los litigantes»<sup>13</sup>.

Un magistrado del Tribunal Supremo de Estados Unidos también manifestó cierta reticencia hacia estas intervenciones de *amicus curiae* en un voto particular emitido en un procedimiento de 1996:

«En el examen de este asunto, el Tribunal fue el beneficiario de no menos de catorce informes de *amicus curiae* en apoyo a los demandados [...] Ni un solo informe de *amicus* se presentó en apoyo del demandante. Eso no es ninguna sorpresa».

A pesar de estas reservas, la institución del *amicus curiae* continúa desempeñando un papel importante en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos. En el ámbito del *antitrust* las autoridades responsables de la defensa de la competencia en Estados Unidos, *Federal Trade Commission* (FTC) y el departamento de Justicia, continúan realizando sus intervenciones de *amicus curiae* ante distintos tribunales de todo el país, frecuentemente de forma conjunta. Según la información disponible en su página web<sup>14</sup>, durante los años 2006 y 2007 la FCT ha intervenido como *amicus curiae* en seis expedientes *antitrust*, cuatro de ellos ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos. Todos estas intervenciones de *amicus curiae* fueron presentadas conjuntamente con el departamento de Justicia.

#### 4. LA COMISIÓN EUROPEA COMO *AMICUS CURIAE*

Algunos autores afirman la existencia de la figura del *amicus curiae* en el ordenamiento jurídico comunitario al más alto nivel, es decir, dentro de la práctica del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas<sup>15</sup>. Así,

<sup>13</sup> Ryan v. *Commodity Futures Trading Commission*, 125 F.3d 1062, 1063 (7<sup>th</sup> Cir. 1997), citado por J. D. KEARNEY y T. W. MERRIL, *The Influence of Amicus Curiae Briefs...*, pp. 745-746, cuya cita recoge J. E. VIÑUALES, «Human rights and investment arbitration: The role of *amici curiae*», *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, núm. 8, 2006.

<sup>14</sup> [http://www.ftc.gov/opp/advocacy\\_date.shtm](http://www.ftc.gov/opp/advocacy_date.shtm).

<sup>15</sup> J. E. VIÑUALES, «Human rights and investment arbitration: The role of *amici curiae*», p. 241.

desde esta perspectiva, el Estatuto del Tribunal de Justicia<sup>16</sup> reconocería la institución del *amicus curiae* en su art. 40 y el Tribunal habría admitido las intervenciones de *amici curiae* en numerosos casos<sup>17</sup>.

Centrándonos en el ámbito de defensa de la competencia, la verdadera recepción de la figura del *amicus curiae* se produjo con la aprobación del Reglamento 1/2003 y su entrada en vigor a partir del 1 de mayo de 2004. Desde esta normativa la figura del *amicus curiae* se ha irradiado a los diferentes ordenamientos europeos, estando presente, de una manera u otra, en un buen número de regulaciones.

La recepción europea se ha circunscrito al campo de la defensa de la competencia y, dentro de éste, a la posible actuación como *amicus curiae* de la Comisión Europea y otros organismos públicos de defensa de la competencia para emitir observaciones escritas y orales en los procedimientos judiciales en los que se aplican los arts. 81 y/o 82 del Tratado CE. Esta recepción fue una de las más destacadas novedades recogidas en el Reglamento 1/2003.

La regulación de este nuevo instituto jurídico se recoge en el art. 15 del Reglamento, fundamentalmente en su apartado 3, en el que se establece la posibilidad de que la Comisión presente observaciones (escritas u orales) ante cualquier órgano jurisdiccional donde se encuentre abierto un procedimiento de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado. La intervención prevista en el apartado 3 del artículo se desarrolla de oficio (no a petición del juez), y por razones de interés público comunitario (no en interés de una de las partes), concretamente «cuando la aplicación coherente de los arts. 81 u 82 del Tratado lo requiera». Para la preparación de estas observaciones escritas u orales la Comisión puede solicitar del tribunal en cuestión, la remisión de «todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate».

Como se ha advertido, el Reglamento 1/2003 no reservó la posibilidad de actuar como *amicus curiae* ante tribunales que apliquen los arts. 81 y 82 del TCE exclusivamente a la Comisión Europea, sino que la extendió a cada Autoridad Nacional de Competencia frente a los tribunales de su propio Estado, otorgándoles los mismos derechos para requerir información de los órganos judiciales que preceptúa para la Comisión. Esta extensión de poderes y la regulación directa de las facultades de las Autoridades Nacio-

<sup>16</sup> Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia, anejo al Tratado de la Unión Europea, al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea y al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea de la Energía Atómica de conformidad con el art. 7 del Tratado de Niza (DO C 80, de 10 de marzo de 2001) <http://curia.europa.eu/es/instit/txtdocfr/txtsenvigreur/statut.pdf>.

<sup>17</sup> Desde el asunto 6/64, *Costa v. ENEL*, 1964 ECR 1143 (Fr. ed.), 1964 C.M.L.R. 425 hasta una amplia variedad de casos: asuntos 16 & 17/62, *Confédération Nationale des Producteurs de Fruits et Légumes v. Council*, 1962 ECR 471, 488-89, 2 C.M.L.R. 160 (1963); asuntos 41, 43, 48, 50, 11, 113 & 114/73, *Générale Sucrière S.A. v. Commission*, 1973 ECR 1465, 1 C.M.L.R. 215 (1974); asunto 113/77, *NTN Toyt Bearing Co Ltd v. Council*, 1979 ECR 1185, 2 C.M.L.R. 257 (1979); asunto 155/79, *A M & S Eur. Ltd v. Commission*, 1982 ECR 1575, 2 C.M.L.R. 264 (1982); asunto 236/81, *Celanese Chem. Co Inc v. Council & Commission*, 1982 ECR 1183.



nales de Competencia en el propio Reglamento 1/2003 se consideró necesaria para permitir la actuación de las Autoridades nacionales como *amicus curiae* sin necesidad de una reforma procesal interna expresa. No obstante, el apartado 4 del art. 15 estableció que dicho artículo debía entenderse «sin perjuicio de los poderes más amplios que el Derecho de su Estado miembro pueda haber conferido a las Autoridades de Competencia de los Estados miembros para formular observaciones ante órganos jurisdiccionales». Sin nombrar, directamente la normativa comunitaria, se refería a la situación alemana, donde el *Bundeskartellamt* disponía, desde hacía años, de facultades de actuación como *amicus curiae*, de acuerdo con la legislación alemana.

Por su parte, el apartado 2 del art. 15 del Reglamento estableció un complemento necesario a la regulación de la figura del *amicus* presente en el apartado 3: un deber por parte de los Estados miembros para transmitir a la Comisión las sentencias emitidas por los tribunales nacionales en los casos de aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado los tribunales, «sin dilación tras la notificación a las partes del texto íntegro de la sentencia». Aunque la primera versión del Reglamento hecha pública por la Comisión establecía una remisión directa de las sentencias a la Comisión por parte de los tribunales nacionales, la redacción final del precepto estableció esta obligación sobre los Estados miembros, dando libertad a los mismos para determinar en su ordenamiento interno la forma en que se realizaría esta comunicación, optando la mayor parte de los ordenamientos por la transmisión de las sentencias a través de su Autoridad Nacional de Competencia.

Para finalizar este recorrido inverso por el art. 15 del Reglamento 1/2003, es necesario examinar su apartado 1. En este apartado se establece que, en los procedimientos judiciales para la aplicación de los arts. 81 y 82 del TCE, los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros podrán solicitar de la Comisión «que ésta les remita la información que obre en su poder o les transmita sus dictámenes sobre cuestiones relativas a la aplicación de las normas de competencia comunitarias».

Examinado la regulación comunitaria en su conjunto, se comprueba que el objetivo perseguido de favorecer una «aplicación coherente de los arts. 81 u 82 del Tratado» se busca a un segundo nivel. A diferencia del sistema alemán de *amicus curiae* (y del regulado posteriormente en España) el deber de informar a la Comisión previsto en el art. 15.2 no se establece a la apertura del proceso sino cuando éste ya ha finalizado, emitida la sentencia. De este modo, la regulación limita capacidad de intervención de la Comisión a los casos en los que tenga conocimiento del proceso. Para remediar esta situación, el Reglamento tampoco dota a la Comisión de un poder de recurso en interés de Ley para objetar las sentencias emitidas que le permitiera reabrir un caso cuya sentencia utilizara criterios contradictorios con la práctica o la jurisprudencia comunitaria. A consecuencia de todo lo anterior, el sistema de control diseñado parece quedar supeditado a la interposición de un recurso por una de las partes del proceso que permita a

la Comisión utilizarlo en la segunda instancia. Si ninguna de las partes recurre, la Comisión no podrá intervenir en el proceso y la sentencia se incorporará al acervo judicial nacional. La Comisión no parece temer estas sentencias de primera instancia y parece guardar sus fuerzas para las apelaciones y las casaciones.

La Comisión desarrolló el art. 15 del Reglamento en su comunicación de cooperación con los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, que formaba parte del denominado «Paquete de modernización» y entró en vigor el 1 de mayo de 2004 junto con el Reglamento 1/2003<sup>18</sup>. Esta comunicación de 2004 sustituyó a la anterior comunicación de la Comisión sobre el mismo tema, publicada en 1993.

Los 43 párrafos de la comunicación de 2004 regulan básicamente dos materias: *a*) la aplicación de las normas comunitarias de competencia por los órganos jurisdiccionales nacionales (§§ 3-14); y *b*) la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales nacionales (§§ 15-41). Dentro de esta segunda parte de la Comunicación, la Comisión establece el marco regulatorio que se autoimpone para desarrollar su función de *amicus curiae*. El título de este apartado es «La Comisión como *amicus curiae*» (§§ 17-35) y se estructura en tres subapartados: 1) deber de la Comisión de transmitir a los órganos jurisdiccionales nacionales la información que obre en su poder (§§ 21-26); 2) solicitud de un dictamen sobre cuestiones referentes a la aplicación de las normas comunitarias de competencia (§§ 27-30); y 3) presentación de observaciones al órgano jurisdiccional nacional por parte de la Comisión (§§ 31-35).

De este modo, la Comisión adopta en la comunicación un concepto amplio de *amicus curiae*, no limitado estrictamente a la presentación de observaciones por propia iniciativa ante el órgano jurisdiccional (art. 15.3 del Reglamento), sino que también abarca la emisión de dictámenes a petición del tribunal o la transmisión de información que obre en su poder también a instancia del órgano perteneciente al poder judicial (art. 15.1).

Esta regulación no ha pasado desapercibida por la doctrina. Así para RUIZ PERIS, mientras la explicación aportada por la Comisión respecto a la propuesta de Reglamento 1/2003, COM (2000) 582 final «reserva, correctamente, el término *amicus curiae* para los casos de actuación a iniciativa de la Comisión o de las ADC nacionales previstos en el art. 15.3 de la Propuesta y posteriormente del Reglamento»<sup>19</sup>, la comunicación de la Comisión «desarrolla entre las cuestiones relativas a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión, la de la actuación de la Comisión como *amicus curiae*, y lo hace por medio de una «presentación que induce a error» [...] incardinando la posi-

<sup>18</sup> Comunicación de la Comisión relativa a la cooperación entre la Comisión y los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros de la Unión Europea en la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE (DO, 101, de 27 de abril de 2004).

<sup>19</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», p. 14, nota 17.



bilidad de que la Comisión presente observaciones, a la que se dedican los puntos 31 a 35 de la comunicación entre los supuestos en que la Comisión «presta asistencia» a los órganos jurisdiccionales nacionales»<sup>20</sup>. Para RUIZ PERIS cuando la Comisión «presenta *motu proprio* observaciones orales o escritas como *amicus curiae* ejerce un derecho y defiende sus posiciones [...] por lo que no cumple una función de asistencia a los órganos jurisdiccionales»<sup>21</sup>.

Por otra parte, también se destaca que la Comisión y las Autoridades Nacionales de Competencia «gozan de un derecho que no se encuentra reconocido en la *common law* a quienes actúan como *amicus curiae*, el de solicitar al órgano jurisdiccional competente del Estado miembro que les remita o haga remitir todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate [...] a efectos únicamente de la preparación de sus observaciones»<sup>22</sup>.

A pesar de esta completa regulación y de la importancia de la figura, su utilización posterior por la Comisión ha sido escasa. Desde la entrada en vigor del Reglamento 1/2003 hasta el 31 de diciembre de 2007, la Comisión ha intervenido ante los órganos jurisdiccionales nacionales bajo el amparo del art. 15.3 únicamente en dos casos<sup>23</sup>.

La primera de ellas acaeció en 2006, cuando la Comisión hizo uso del cauce previsto en el art. 15.3 para presentar ante la *Cour d'appel* de París un informe que incluía observaciones escritas sobre la interpretación del Reglamento de Exención por Categorías de Vehículos de Motor<sup>24</sup> en un caso relativo a las distribución selectiva cuantitativa.

La segunda ocasión en la que la Comisión Europea planteó una intervención de *amicus curiae* fue durante 2007, concretamente en marzo. La Comisión emitió observaciones aplicando el art. 15.3 del Reglamento ante un órgano jurisdiccional holandés, el *Gerechtshof* de Amsterdam. En esta ocasión, el caso no trataba directamente de la aplicación de los arts. 81 u 82 del TCE a una situación concreta, sino de la posibilidad de una empresa de los Países Bajos de deducir de los tributos que debía pagar al fisco holandés una sanción impuesta por la Comisión Europea por una infracción de la normativa europea de competencia.

Ante esta intervención de la Comisión Europea, el *Gerechtshof* de Amsterdam presentó ante el TJCE una cuestión prejudicial con objeto de clarificar el ámbito preciso de la potestad de la Comisión para intervenir como *amicus curiae*. La cuestión prejudicial planteada (todavía no contes-

<sup>20</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», pp. 8-9.

<sup>21</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», p. 9.

<sup>22</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», p. 8.

<sup>23</sup> Eric GIPPINI-FOURNIER, «The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003», pp. 116-117.

<sup>24</sup> Reglamento (CE) núm. 1400/2002 de la Comisión, de 31 de julio de 2002, relativo a la aplicación del apartado 3 del art. 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas en el sector de los vehículos de motor.

tada por el Tribunal de Luxemburgo) fue publicada en el *DOUE* de 8 de diciembre de 2007 y se concentraba en una única pregunta, planteada en los términos siguientes:

¿Está facultada la Comisión, en virtud del art. 15, apartado 3, del Reglamento (CE) núm. 1/2003 [...] para presentar por propia iniciativa observaciones escritas en un procedimiento que versa sobre la posibilidad de deducir del beneficio (a efectos fiscales) obtenido por la interesada en el ejercicio 2002 una multa impuesta por la Comisión a X KG por vulneración de la normativa comunitaria sobre competencia y que ésta repercutió (parcialmente) sobre la interesada?

La resolución de esta cuestión por el Tribunal de Justicia puede ofrecer cierta luz sobre los límites a los que se enfrenta la actuación como *amicus curiae* de la Comisión en el futuro ya que, a pesar de la prudencia con la que se ha manejado hasta ahora, no cabe duda de que el ejecutivo comunitario seguirá utilizando este instrumento jurídico.

Para Eric GIPPINI<sup>25</sup>, las intervenciones como *amicus curiae* de la Comisión en casos *antitrust* resultan posibles en dos tipos de pleitos: *a*) recursos frente a las decisiones administrativas de las Autoridades Nacionales de Competencia, y *b*) litigios civiles entre partes privadas. En lo que respecta al primero de estos tipos (decisiones administrativas de las Autoridades Nacionales de Competencia), la Comisión puede utilizar sus facultades de supervisión previstas en el art. 11 del Reglamento 1/2003 durante el proceso de elaboración de la propia decisión con objeto de asegurar la aplicación coherente de los arts. 81 y 82 del TCE y parece que la Autoridad Nacional de Competencia estará mejor situada para seguir el caso en su devenir judicial.

En lo que concierne a la aplicación privada, los puntos de vista de la Comisión pueden ser transmitidos por otros mecanismos de cooperación tales como los dictámenes solicitados de conformidad con el art. 15.1 o las observaciones de *amicus* de la Autoridad Nacional de Competencia correspondiente que reflejarán, de algún modo, las aportaciones recibidas en la Red Europea de Competencia (ECN). En estas circunstancias, no parece probable que surja con frecuencia la necesidad apremiante de una intervención de la propia Comisión como *amicus curiae*.

No obstante, podrían darse casos en los que una intervención directa de la Comisión como *amicus curiae* podría ser imprescindible. Una de estas situaciones podría darse en aquellos países en los que la aplicación de las normas de competencia se ha encargado a un tribunal independiente e imparcial. Dado que el mecanismo para conseguir una aplicación coherente de la normativa europea de competencia prevista en el art. 11.4 del Re-

<sup>25</sup> Eric GIPPINI-FOURNIER, «The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003», *Community Report al Congreso FIDE de 2008*, p. 118. Accesible en <http://ssrn.com/abstract=1139776>.



glamento 17/2003 puede ejecutarse en una etapa bastante temprana del procedimiento, como es la presentación de cargos por el fiscal. En el caso de que la resolución final del tribunal que juzga el caso se apartase significativamente de la línea de acción propuesta, planteando cuestiones de coherencia, por contravenir la jurisprudencia de los tribunales comunitarios, GIPPINI considera que las observaciones de *amicus curiae* podrían ser apropiadas en el momento del recurso<sup>26</sup>.

Dada la muy escasa experiencia adquirida hasta el momento, puede considerarse que, tanto el pronunciamiento del TJCE ante la cuestión prejudicial planteada como la práctica futura de la Comisión, servirán, sin duda, para configurar la dimensión exacta de las intervenciones de *amicus curiae* en el marco normativo comunitario de la defensa de la Competencia.

## 5. ALGUNOS EJEMPLOS EUROPEOS

La aprobación y entrada en vigor del Reglamento 1/2003 obligó a la mayor parte de los Estados miembros a acometer reformas en su legislación nacional de competencia con objeto de adaptarlas a los cambios experimentados por el Derecho comunitario. Al margen de otras modificaciones, una de las reformas que una mayoría de Estados miembros debieron acometer fue la adaptación de su legislación procesal para facilitar la aplicación del art. 15 del Reglamento 1/2003 y la implantación de la figura del *amicus curiae*. Aunque las normas contenidas en el Reglamento son directamente aplicables, la parquedad de su regulación y las diferencias entre ordenamientos procesales han obligado a acometer la citada adaptación en buena parte de las legislaciones. Actualmente, de acuerdo con la tabla de convergencia publicada por la Red Europea de Competencia (ECN)<sup>27</sup> y cerrada en noviembre de 2007, veintiún Estados miembros disponen de una normativa interna que facilita las intervenciones de *amicus curiae* previstas en el art. 15.3. De los seis Estados que todavía no habían adaptado su legislación, dos de ellos, Portugal y Eslovenia, tenían modificaciones normativas en fase de estudio o aprobación.

A continuación se examina la regulación y experiencia de dos de los veintiún Estados miembros que han adaptado sus legislaciones para permitir la actuación de la Comisión Europea y de sus propias Autoridades Nacionales de Competencia en el rol de *amicus curiae*. Los países elegidos son Alemania, pionera en la utilización de la figura del *amicus curiae* en el campo de la normativa *antitrust*, incluso antes de que fuera implantada a nivel comunitario y Holanda, que fue uno de los primeros Estados en reaccionar a la necesidad de adaptar sus regulación a la nueva realidad y, ade-

<sup>26</sup> Eric GIPPINI-FOURNIER, «The Modernisation of European Competition Law: First Experiences with Regulation 1/2003», p. 118.

<sup>27</sup> Accesible a través de la página web de la Dirección General de Competencia (Comisión Europea): [http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/ecn\\_convergencequest\\_28112007.pdf](http://ec.europa.eu/comm/competition/ecn/ecn_convergencequest_28112007.pdf).

más, ha publicado unas directrices específicas sobre los principios que guiarán su actuación como *amicus curiae*.

#### A. ALEMANIA

Cuando el Reglamento 1/2003 fue aprobado en diciembre de 2002, la República Federal de Alemania era el único Estado miembro cuya legislación permitía la intervención de su Autoridad de Competencia, el *Bundeskartellamt*, como *amicus curiae* en los procedimientos civiles en los que se aplicara el derecho alemán de defensa de la competencia. No sólo la Ley contra las restricciones a la competencia (GWB) regulaba esta institución jurídica en su art. 90, sino que el propio *Bundeskartellamt* tenía ya una valiosa, y relativamente extensa, experiencia en la intervención en procedimientos privados. A nadie se esconde que uno de los modelos que tomo la Comisión para diseñar la figura del *amicus curiae* en el Reglamento 1/2003 fue la regulación alemana contenida en la GWB. No obstante, las modificaciones introducidas en el Derecho europeo de la competencia por el Reglamento 1/2003 también motivaron la séptima reforma de la Ley de defensa de la competencia alemana, que entró en vigor el 1 de julio de 2005. Aunque la mayor parte de las modificaciones introducidas por dicha reforma se referían al paso a un sistema de autorización previa a un sistema de excepción legal al que obligaba el Reglamento 1/2003, la regulación de la figura del *amicus curiae* también se vio afectada, como veremos a continuación.

La regulación del sistema de *amicus curiae* alemán se contiene básicamente en los arts. 90 y 90.a) de la GWB. El art. 90 regula la información y participación en el proceso de las autoridades anticártel mientras que en el art. 90.a) se establecen los cauces de cooperación de los tribunales con la Comisión Europea y las Autoridades de Competencia.

El apartado primero del art. 90 de la Ley alemana establece un deber general de información de los tribunales hacia el *Bundeskartellamt*. De acuerdo con este precepto, la Autoridad Federal de Competencia alemana deberá ser informada por el tribunal de todas las acciones legales derivadas de la aplicación de la propia Ley alemana de competencia, de los arts. 81 o 82 del Tratado o de los arts. 53 o 54 del Tratado del Espacio Económico Europeo<sup>28</sup>. El tribunal, previa petición, transmitirá al *Bundeskartellamt* copias de todos los escritos, actas, órdenes y decisiones. La reforma de la GWB de 2005 introdujo una frase adicional en el precepto, en la que se afirma que las disposiciones anteriores se aplicarán, *mutatis mutandis*, a otras acciones legales que se refieren a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

El apartado segundo del mismo art. 90 regula las facultades del *Bundeskartellamt* respecto de los casos de los que ha sido informado. Éstas son

<sup>28</sup> De acuerdo con el art. 87.1 de la GWB.



muy amplias y generales, ya que en estos casos, el presidente de la Agencia antimonopolio, puede, si lo considera conveniente para la protección del interés público, nombrar de entre los miembros del *Bundeskartellamt* un representante autorizado a presentar declaraciones por escrito al tribunal, a valorar hechos y pruebas, a asistir a audiencias, a presentar alegaciones, y para dirigir preguntas a las partes, testigos y peritos. En todo caso las declaraciones escritas deben ser comunicadas por el tribunal a las partes.

El apartado tercero del art. 90 establece el régimen de *amicus curiae* de las Autoridades de Competencia regionales alemanas, disponiendo que cuando la acción judicial no se extienda más allá del territorio de un Estado federado o *Land*, la Autoridad de Competencia regional tomará el lugar de la *Bundeskartellamt*, a los efectos de los apartados 1 y 2.

Por último, el apartado cuarto no tiene demasiado interés al declarar la aplicación de lo dispuesto en el artículo también a las acciones legales que tengan por objeto la aplicación de un precio fijado en el régimen especial previsto en el art. 30 de la Ley alemana para el mantenimiento del precio de reventa para periódicos y revistas.

El art. 90.a) de la GWB no regula la intervención como *amicus curiae* del *Bundeskartellamt*, sino la cooperación de los tribunales con la Comisión Europea (y también con las autoridades anticártel) para que esta pueda desempeñar el mismo rol de amigo del tribunal, tal y como está previsto en el Reglamento 1/2003. El precepto se compone de cuatro apartados que regulan, respectivamente, la remisión de sentencias judiciales que aplican los arts. 81 y/o 82 del TCE a la Comisión Europea, la actuación de la Comisión como *amicus curiae*, la petición de información o dictámenes por el tribunal alemán a la Comisión y, por último, la posibilidad de realizar todos estos intercambios de información con la Comisión vía el *Bundeskartellamt*. Aunque la regulación es breve, analizando con más detalle estos cuatro apartados pueden destacarse algunos aspectos adicionales:

- Tal y como permite el art. 15.2 del Reglamento 1/2003, la remisión de las sentencias judiciales que aplican los arts. 81 y/o 82 a la Comisión Europea se realiza, no directamente desde el tribunal al ejecutivo comunitario, sino a través del *Bundeskartellamt*, que puede igualmente transmitir a la Comisión aquellos documentos que haya conseguido a través de sus facultades como *amicus curiae* nacional. Respetando también lo dispuesto en el art. 15.2 del Reglamento, el art. 90.a.1 de la GWB dispone que la remisión de las sentencias se realizará sin retrasos indebidos después de informar de las mismas a las partes del proceso.
- En su apartado segundo el art. 90.a), además de regular la posibilidad de la Comisión de presentar por propia iniciativa observaciones escritas al tribunal, así como observaciones orales en la audiencia sobre el caso, se regula también la obligación del tribunal de suministrar a la Comisión con toda la documentación necesaria sobre el caso. Además, este apartado segundo establece dos precisiones

interesantes. La primera es la aplicación de la de la Ley Federal de Protección de Datos, *Bundesdatenschutzgesetz*, a esta transmisión de información. La segunda es la obligación del tribunal de remitir a las partes, pero también al *Bundeskartellamt*, una copia de las observaciones escritas de la Comisión que haya recibido.

- En el apartado tercero del artículo se regula la posibilidad del tribunal de solicitar de la Comisión Europea información que obre en su poder u observaciones sobre cuestiones relativas a la aplicación del art. 81 u 82 del Tratado CE. El tribunal tiene la obligación de informar a las partes acerca de una solicitud formulada, y el artículo, de nuevo, recoge expresamente la obligación de suministrar una copia de la respuesta de la Comisión Europea, tanto a las partes como al *Bundeskartellamt*.

¿Cómo se desarrolla la actuación del *Bundeskartellamt* amparada en esta breve regulación? En Alemania se desarrollan más de cuatrocientos casos al año ante la jurisdicción civil relacionados con la defensa de la competencia, ya sean casos relativos a la infracción de la Ley de competencia como resultado de un comportamiento anticompetitivo o un abuso de posición de dominio o casos relativos a acciones de daños y perjuicios derivados de actuaciones anticompetitivas. De acuerdo con la Ley, el *Bundeskartellamt* recibe información de todos estos procedimientos judiciales, si bien, ante un número tan elevado de posibilidades de actuación, ha sido necesario establecer ciertas pautas de actuación<sup>29</sup>.

- La Autoridad alemana de Competencia participa en todos los procedimientos que se celebran ante la Tribunal Supremo Federal a través de alegaciones orales.
- En procedimientos ante tribunales menores, el *Bundeskartellamt* limita su participación a las observaciones escritas en los casos que considera más importantes, en los casos relacionados con expedientes que simultáneamente se estén examinado en el seno de la Autoridad de Competencia y en aquellos casos en los que su opinión es requerida por el tribunal.

## B. HOLANDA

El 13 de agosto de 2004 el director general de la Autoridad de Competencia de los Países Bajos (*Nederlandse Mededingingsautoriteit*, NMa) aprobó las directrices sobre *amicus curiae* de la NMa, que entraron en vigor al día siguiente de su publicación en el *Diario Oficial del Reino de Holanda*.

<sup>29</sup> Andreas MUNDT, «The role of the judiciary in competition law enforcement in Germany». Presentación ante la *Fifth United Nations Conference to review All aspects of the set of multilaterally Agreed equitable principles and rules for The control of restrictive business practices* (Antalya, Turquía, noviembre 2005).



Se trata de un texto de fácil lectura, relativamente breve (tan sólo siete páginas más el índice), compuesto por 42 párrafos, organizados en cinco capítulos o apartados: Introducción (§§ 1-9); Ambito de aplicación (§§ 10-13); Ejercicio de la función de *amicus curiae* (§§ 14-39); Procedimiento y organización (§§ 40-41); y Revisión y enmienda (§ 42).

El análisis de la estructura y del contenido de las directrices facilita la comprensión de sus objetivos. El núcleo de las mismas se concentra en los tres primeros capítulos (introducción, ámbito de aplicación y ejercicio de la función de *amicus curiae*) y en especial en el tercero, subdivido a su vez en siete subapartados y que abarca 25 párrafos (más de la mitad) de los 42 que componen las directrices.

Los capítulos 4 (procedimiento y organización) y 5 (revisión y enmienda) son breves y se limitan a clarificar dos cuestiones de procedimiento. La primera, al regular la organización interna de la NMa para ejecutar sus funciones de *amicus curiae*: las directrices determinan que corresponde al Servicio Jurídico de la Autoridad holandesa la elaboración de las intervenciones de *amicus curiae*, así como las actuaciones derivadas de las mismas (§ 40). La segunda cuestión de procedimiento se regula en el capítulo 5 y establece las previsiones de reforma y modificación de las directrices. De acuerdo con el párrafo 42, corresponde al director general de la NMa el derecho a modificar las directrices e, incluso, se establece una obligación de evaluar las mismas y sus resultados cuando las previsiones contenidas en el texto se hayan aplicado en un número suficiente de casos. Esta revisión podría obligar a modificar las Directrices actualmente vigentes si se considera necesario (§ 42).

Una vez examinadas estas cuestiones de procedimiento y volviendo al núcleo central de las directrices (capítulos 1, 2 y 3) una lectura atenta de las mismas permite destacar cinco postulados que se repiten en distintos párrafos y que, por su importancia, constituyen los cimientos que conforman el instituto de *amicus curiae* diseñado por la Autoridad holandesa de Competencia:

- En primer lugar, la intervención como *amicus curiae* se configura como una potestad discrecional de la Autoridad holandesa y no como una obligación o deber de la misma (§§ 21, 31).
- En segundo término, se establece claramente que la NMa sólo ejerce su potestad de intervenir como *amicus curiae* en procedimientos en los que los tribunales apliquen los arts. 81 y 82 del TCE y la Autoridad holandesa no sea parte (§§ 1, 10).
- En tercer lugar, se subraya en varias ocasiones que el principio que debe guiar la intervención como *amicus curiae* es siempre el interés público y no la defensa de los intereses privados de las partes del procedimiento.
- En cuarto lugar, las directrices hacen hincapié en un uso eficiente de los recursos disponibles por la Autoridad de Competencia, de forma que las intervenciones de *amicus curiae* no perjudiquen sus tareas fundamentales (§§ 20, 21, 23-25).

- Por último, se destaca que el fundamento sobre el que reposa la intervención *amicus curiae* es la responsabilidad compartida entre la Comisión Europea, la Nma y el resto de las Autoridades Nacionales de Competencia en la consecución de una aplicación coherente de los arts. 81 y 82 del TCE en toda la Unión Europea. Lograr esta aplicación coherente resulta de interés público, señala la Autoridad holandesa.

Estas cinco ideas fundamentales sirven de guía para articular el régimen regulatorio que contienen los tres capítulos principales de las directrices: la introducción (§§ 1-9), el ámbito de aplicación de las mismas (§§ 10-13) y la regulación del ejercicio de la función de *amicus curiae* (§§ 14-39). Este último capítulo constituye, a su vez, el eje central de la regulación y, por su importancia, se divide en siete subapartados, en los que se establecen las características propias del instituto del *amicus curiae*, tal y como lo entiende la Autoridad holandesa de Competencia. Estos siete subapartados regulan la base jurídica de la institución (§ 14), las posibles actuaciones de la Nma como *amicus curiae* (§§ 15-25), la documentación necesaria en las intervenciones y su confidencialidad (§§ 26-29), la intervención como *amicus curiae* en procedimientos de medidas cautelares (§§ 30-32), las relaciones con la Comisión Europea (§§ 33-35), el estatus de las intervenciones de *amicus curiae* (§§ 36-37) y la publicación de las intervenciones (§§ 38-39).

A continuación, y con objeto de comprender en mayor profundidad la regulación establecida por las directrices, se examinará con mayor detalle el contenido de las mismas.

#### a) *Introducción (§§ 1-9)*

La introducción de las directrices se divide claramente en dos partes diferenciadas. La primera parte (§§ 1-5) es de carácter netamente expositivo. Las directrices comienzan explicando los cambios introducidos por el Reglamento 1/2003 en el Derecho europeo de la competencia y, en concreto, el paso a un régimen de exención legal directamente aplicable, lo que permite que los tribunales apliquen el apartado 3 del art. 81 del Tratado (§ 2). Igualmente se cita el respaldo jurisprudencial de los tribunales europeos a la consideración de los arts. 81 y 82 del TCE como preceptos fundamentales indispensables para el cumplimiento de los objetivos comunitarios y, en particular, para el funcionamiento del mercado interior (§ 3). Por último, se recuerda que el art. 15.3 del Reglamento 1/2003 permite, tanto a la Comisión Europea como a las Autoridades Nacionales de Competencia, remitir por su propia iniciativa observaciones escritas a los tribunales nacionales de su Estado en materias relacionadas con la aplicación de los arts. 81 y 82 TCE. Igualmente con la venia del tribunal las observaciones pueden ser orales (§ 4). Las Directrices terminan recordando que esta intervención prevista en el art. 15.3 recibe el nombre de *amicus curiae*.



La segunda parte de la introducción (§§ 6-9) tiene un carácter justificativo. Se explica la necesidad de su emisión por parte de la Autoridad de Competencia en virtud del desconocimiento del instituto del *amicus curiae* en la legislación procesal holandesa. Tras mencionar el origen de la figura en los países con sistema jurídico basado en el *common law*, las directrices realizan una interesante aproximación a ciertas similitudes existentes con el estatuto del Ministerio Fiscal holandés en el marco del procedimiento civil (§ 6). La ausencia de tradición en el ordenamiento jurídico holandés respecto de la figura del *amicus curiae* hace imprescindible, según el director general de la NMa, clarificar la forma en que la Autoridad de Competencia de los Países Bajos ejercerá sus nuevas funciones ante los tribunales. En este punto las directrices destacan que el fundamento que justifica la nueva potestad asumida por la Autoridad holandesa de Competencia es la responsabilidad compartida entre las Autoridades Nacionales de Competencia y la Comisión Europea para lograr una aplicación coherente de los arts. 81 y 82 del TCE en toda la Unión Europea. Como ya se ha advertido anteriormente, las Directrices analizadas consideran que lograr esta aplicación coherente de la normativa comunitaria de competencia resulta de interés público.

#### b) *Ámbito de aplicación de las directrices (§§ 10-13)*

En este segundo capítulo aparece una de las ideas clave de las directrices, que ya se había anticipado en el primer párrafo de las mismas: estas directrices, y por ende la intervención de la figura del *amicus curiae*, se aplicarán únicamente en aquellos casos en los que los tribunales holandeses apliquen los arts. 81 y 82 del Tratado y la NMa no actúe como parte (§ 10). Resulta interesante que las Directrices destaquen expresamente que la Autoridad holandesa considera que el poder de intervenir como *amicus curiae* se refiere únicamente a los casos en los que aplica Derecho comunitario de la competencia (los citados arts. 81 y 82 del TCE) pero no se extiende a aquellos otros en los que se aplican los artículos equivalentes de la legislación holandesa (arts. 6 y 24 de la Ley de Competencia holandesa). Por tanto, a diferencia de España tras la Ley 15/2007, la Autoridad holandesa no tiene capacidad para intervenir como *amicus curiae* en aquellos casos en los que únicamente se aplique el Derecho Nacional de Competencia, sin referencias al Derecho europeo. No obstante, las directrices se apresuran a recordar que ambos cuerpos jurídicos (la normativa comunitaria y la Ley holandesa de Defensa de la Competencia) son homologables en un margen muy amplio; por ello, las observaciones referidas a la aplicación de los arts. 81 y 82, consideran las directrices, también tendrían consecuencias para la aplicación de los preceptos correspondientes de la Ley holandesa.

Las directrices exponen a continuación otra característica de la normativa holandesa: la potestad de realizar intervenciones de *amicus curiae*

abarca tanto los procedimientos ante la jurisdicción civil como ante un tribunal perteneciente al orden contencioso-administrativo. En todo caso se requiere que la NMa no intervenga como parte en ninguno de estos procedimientos (§ 11). Las Directrices citan expresamente (§ 12) las últimas modificaciones legales realizadas con objeto de autorizar estas intervenciones de la Autoridad holandesa ante tribunales civiles (Código de Procedimiento Civil holandés) y ante órganos judiciales de la jurisdicción contenciosa. Como último apunte del capítulo, las directrices establecen que, en ningún caso, las observaciones emitidas por la NMa en sus intervenciones como *amicus curiae* resultan vinculantes para el órgano jurisdiccional al que van dirigidas.

#### c) *Base jurídica (§ 14)*

El capítulo III (ejercicio de la función de *amicus curiae*), núcleo central de las directrices, se inicia con una breve mención, en un único párrafo (§ 14), de la base jurídica sobre la que se asienta la potestad para realizar intervenciones de *amicus curiae*, que se aludía en el párrafo anterior: tanto el art. 89 de la Ley de Defensa de la Competencia de los Países Bajos como el art. 44 del Código de Procedimiento Civil holandés otorgan al director de la NMa la posibilidad de presentar observaciones escritas en procedimientos ante un tribunal administrativo o ante un tribunal civil, en la que la institución de defensa de la competencia no actúe como parte. Siguiendo el modelo comunitario de *amicus curiae* regulado en el Reglamento 1/2003, la presentación de observaciones orales durante la audiencia también resulta posible con el permiso del juez.

#### d) *Posibles actuaciones como amicus curiae (§§ 15-25)*

Las directrices dedican amplio espacio (más de diez párrafos) a explicar la forma en que la Autoridad holandesa de Competencia se plantea ejercitar sus nuevos poderes como *amicus curiae*, pudiendo destacarse las siguientes cuestiones:

- *Condiciones para el ejercicio del amicus curiae*: se reitera de nuevo que la intervención de la NMa en los procedimientos judiciales en calidad de *amicus curiae* sólo se realizará si se cumplen dos condiciones: *i*) si la Autoridad de Competencia no actúa como parte en el procedimiento, y *ii*) si se debate una cuestión jurídica en relación con la interpretación de los arts. 81 y/o 82 del Tratado CE (§ 18).
- *Moderación en el ejercicio de la función*: las directrices subrayan la intención del director general de la NMa de actuar con moderación en el uso de su poder para intervenir como *amicus curiae* en los procedimientos judiciales. En la medida de lo posible, tiene como objetivo evitar cualquier tipo de solapamiento con sus funciones norma-



les de reglamentación en materia de competencia. Por ello, espera realizar intervenciones como un *amicus curiae* sobre todo en procedimientos civiles (§ 15) y, en principio, sólo intervendrá en casos de apelación (§ 16).

- *Comunicación de casos a la NMa*: las directrices admiten la posibilidad de que, tanto las partes de un procedimiento como el Tribunal que lo juzga, puedan poner en conocimiento de la NMa la existencia de un caso que implique la interpretación de los arts. 81 y/o 82 del TCE. Sin embargo, también se subraya que la intervención de *amicus curiae* debe estar guiada por el interés público y nunca por los intereses privados de las partes, dado que se fundamenta en la obligación de las Autoridades de Competencia europeas en lograr una aplicación uniforme de las normas de competencia comunitarias en toda la Unión. Por tanto, la intervención como *amicus curiae* en estos casos puestos en conocimiento de la NMa por las partes o el tribunal se basará en el principio del interés público y será valorada por el director general de la Agencia caso por caso (§ 19).
- *Amicus curiae como potestad y no como obligación*: enlazando con el criterio del interés público que debe guiar la intervención ante los tribunales de la NMa, las directrices también subrayan que para adoptar la decisión final sobre la intervención en un caso, se ponderará los recursos que implica atender dicha intervención, estableciéndose como norma que la NMa no intervendrá en las causas judiciales que perjudiquen sus tareas fundamentales (§ 20).
- *Intervención de la NMa como experto o perito*: la discrecionalidad de la intervención como *amicus curiae* se hace también evidente para los casos en los que un juez solicita la intervención de la NMa como perito o experto jurídico. En estos casos el director general de la NMa estudiará si existen suficientes razones que aconsejen la intervención de *amicus curiae* requerida en calidad de experto, basándose en los criterios expuestos en el capítulo 3 de las directrices (interés público, perjuicio de sus actividades, etc.). El párrafo 21 que regula esta cuestión finaliza diciendo que si el director general no considera que existan razones para su intervención como *amicus curiae* «will not honour the court's request to appoint him as a legal expert».
- *Comunicación escrita con los Tribunales*: las directrices recogen también el compromiso del director general de comunicar por escrito al tribunal su intención de intervenir como *amicus curiae* (§ 17). Igualmente la intervención de *amicus curiae* se materializará como un escrito con observaciones (§ 22). Si el escrito de *amicus curiae* presentado ante el Tribunal da lugar a cuestiones adicionales, nuevamente entran en juego los principios generales de intervención (interés público, aplicación uniforme de la normativa comunitaria y recursos implicados), ya que el director general de la NMa decidirá si es necesario contestarlas individualmente basándose en dichos criterios (§ 23).

- *Procedimientos suspendidos por negociaciones entre las partes:* nuevamente el uso eficiente de los recursos de la Autoridad se encuentra presente en las directrices establecidas en los párrafos 23 y 24. La Nma suspenderá su intervención como *amicus curiae* en el caso de que las partes inicien un proceso de negociación para poner fin a su pleito y sólo la reanudará si el tribunal le notifica que dicha negociación ha fracasado (§ 24). Por otra parte, se expresa claramente que la NMa cesará de intervenir en el procedimiento judicial desde el momento en el que el Tribunal le notifique que las partes han alcanzado un acuerdo (§ 25).

e) *Documentación y confidencialidad (§§ 26-29)*

Tal y como dispone el art. 15.3 del Reglamento 1/2003, las directrices también establecen la posibilidad de que la Agencia holandesa solicite al tribunal la remisión de los documentos necesarios para valorar un caso y poder formular sus observaciones. La remisión de estos documentos por el tribunal abre un plazo de cuatro semanas para que la NMa remita sus observaciones escritas (§ 26). En principio, las directrices señalan que el director general de la NMa es de la opinión de que la expresión «documentos necesarios» incluye todos los documentos relativos a los procedimientos judiciales (§ 27).

Las directrices también regulan el tratamiento que recibirá la documentación remitidas por los tribunales (§ 28). La NMa considerará toda la documentación recibida como información confidencial y, a la finalización del procedimiento, la devolverá al tribunal. No obstante, la Autoridad holandesa conservará una copia de su informe de *amicus curiae* y también una copia de los documentos en los que se basaron sus razonamientos de acuerdo con lo previsto en la Ley de Registros Públicos *Archiefwet*. Por último, se señala que los documentos recibidos por la NMa en relación con la intervención de *amicus curiae* sólo podrán utilizarse para elaborar los informes de *amicus curiae* (§ 29).

f) *Relaciones con la Comisión Europea (§§ 33-35)*

En este subapartado, las directrices se limitan a recordar lo dispuesto en el art. 15.3 del Reglamento 1/2003 que permite tanto a la Comisión Europea como a las Autoridades Nacionales de Competencia, presentar observaciones ante los tribunales que se encuentren aplicando los arts. 81 y 82 del TCE (§ 33). De igual forma constatan que la forma en la que la Comisión Europea ejecuta este cometido se encuentra regulada en la comunicación de relación con los órganos jurisdiccionales de los EEMM (apartado 54 y ss.).



Aplicando de nuevo el criterio de uso eficiente de los recursos públicos las directrices exponen la visión del director general de la NMa que no considera conveniente una intervención simultánea de la Comisión Europea y la NMa como *amicus curiae* en el mismo procedimiento judicial. Por ello, el párrafo 35 determina que si la Comisión Europea hace público su interés por participar en un procedimiento judicial como *amicus curiae*, la Nma se abstendrá de intervenir en el mismo. La redacción de la directriz parece no dar opción a la Autoridad holandesa para abordar otras posibles alternativas ante casos como éste, esbozando algún tipo de colaboración entre ambas Autoridades.

g) *Medidas cautelares (§§ 30-32)*

Las directrices dedican tres párrafos bastante extensos a regular la articulación de la intervención de *amicus curiae* en un procedimiento de medidas provisionales. Aunque se acepta como posibilidad que el presidente de un tribunal inmerso en un procedimiento de medidas provisionales solicite de la Nma información u opinión basada en su calidad de experto (§ 30), las directrices recalcan de nuevo que cualquier intervención de la NMa ante los tribunales no puede ejecutarse a expensas de las tareas clave de la Autoridad (§ 31).

Por ello, el texto subraya una vez más el carácter discrecional que tiene la intervención como *amicus curiae*, no ligada a los intereses privados de las partes y sometida siempre al objetivo de lograr una aplicación uniforme de la normativa europea de competencia. No obstante, las directrices también destacan que el director general de la Autoridad tendrá en su debida consideración la petición del presidente del tribunal. En todo caso, se añade, el director general busca siempre el interés público derivado de la necesidad de lograr una aplicación uniforme y decidirá sobre estas peticiones caso por caso (§ 31).

Para evitar verse sometido a preguntas que excedan lo previsto como habitual en las directrices, el párrafo 32 establece que el director general de la NMa sólo está en condiciones de responder a las preguntas sobre las que el tribunal le proporcione información suficiente. La Autoridad holandesa destaca que no tiene la intención de ejercer sus poderes de investigación para obtener información sobre el caso. Por último, se añade que se deja a la discreción del presidente del tribunal la decisión sobre si una intervención de *amicus curiae* resulta conveniente en el procedimiento con el fin de garantizar la aplicación coherente de los arts. 81 y 82 del Tratado CE.

h) *Estatus de las intervenciones de amicus curiae (§§ 36-37)*

Las directrices establecen claramente el carácter no vinculante para el tribunal que las recibe de las intervenciones de *amicus curiae* realizadas por

la Autoridad holandesa (§ 36). Asimismo, destaca que otras Autoridades, como la Comisión Europea o cualquier agencia nacional de competencia, tampoco quedan vinculadas por las intervenciones como *amicus curiae* efectuadas por la NMa (§ 37).

Junto a esta declaración expresa, el mismo párrafo 37 establece ciertas pautas sobre las evidencias o pruebas que pueden ser utilizadas para emitir observaciones de *amicus curiae* y sobre su carácter vinculante para futuras actuaciones de la NMa. Según apuntan las directrices, en la formulación de sus observaciones, la NMa tomará como punto de partida las pruebas en poder del tribunal en su procedimiento. La Autoridad holandesa no realizará tampoco una valoración independiente de la prueba, pero esto no le impide tener absoluta libertad para apartarse posteriormente de cualquier evaluación realizada.

#### i) *Publicación de las intervenciones (§§ 38-39)*

La NMa pretende dotar de publicidad a su actuación como *amicus curiae*. Sus intervenciones ante los tribunales se publicarán en la página web de la Autoridad, teniendo siempre en cuenta las cuestiones relativas a la confidencialidad. La publicación se realizará una vez que la sentencia de los tribunales haya sido hecha pública (§ 38).

También la Memoria anual de la NMa dará cuenta del número de intervenciones de *amicus curiae* realizadas por la Autoridad durante el año reseñado, así como de los temas tratados en las mismas (§ 39).

Las directrices justifican esta vocación de publicidad reconociendo que, aunque en principio, una intervención de la NMa como *amicus curiae* en un procedimiento judicial se centra en las cuestiones jurídicas relevantes en dicho proceso, su contenido puede resultar de importancia no sólo a las partes intervinientes en dicho proceso judicial, sino también al conjunto de la comunidad jurídico-empresarial (§ 38).

## 6. SITUACIÓN EN ESPAÑA

La situación existente en España para el desempeño de funciones de *amicus curiae* por parte de las Autoridades administrativas de Defensa de la Competencia es similar a la de algunos de nuestros vecinos europeos.

El Real Decreto 2295/2004, de 10 de diciembre, relativo a la aplicación en España de las normas comunitarias de competencia, estableció en su art. 8 la competencia del antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) para presentar observaciones escritas o verbales a los órganos jurisdiccionales nacionales. Sin embargo, pronto se hizo evidente que una articulación completa de este instrumento procesal hacía necesaria una modificación de más calado.



Como en Holanda, en España se ha modificado tanto la legislación de defensa de la competencia (a través de la Ley 15/2007) como la legislación procesal (a través de la disposición adicional segunda de la nueva LDC) para ofrecer una adecuada cobertura normativa a la institución del *amicus curiae*. No es propósito de este artículo analizar pormenorizadamente estas regulaciones, examen que puede encontrarse en varias obras colectivas dedicadas al estudio de la nueva Ley<sup>30</sup>.

Por el contrario, sí resulta oportuno destacar algunos de los principales problemas que ha debatido la doctrina respecto a esta novedosa institución en la legislación procesal española, sobre todo en los aspectos relacionados con las regulaciones existentes para la misma figura.

Para el profesor RUIZ PERIS, los principales problemas de los que adolece la regulación española de la figura pueden concretarse en los siguientes:

- Ausencia de una distinción clara entre las actuaciones bajo la figura del *amicus curiae* y aquellas más cercanas a las de un experto o perito judicial, la intervención del *amicus* se realiza en tutela de un interés y no en auxilio de la justicia.
- Posible existencia de intereses contradictorios entre las distintas Autoridades administrativas de Defensa de la Competencia y concurrencia de las mismas dentro de un mismo litigio.
- Y, por último y como problema más importante, las garantías procedimentales y limitaciones a las que debe someterse la actuación de las Autoridades de Defensa de la Competencia como *amicus curiae*, para que los derechos fundamentales de las partes del procedimiento, y en particular del principio de igualdad de armas, no sufran vulneración alguna.

Junto a estos problemas el mismo artículo señala otros como el olvido de la posibilidad de que las Autoridades de Defensa de la Competencia puedan actuar como *amicus curiae* en los casos relativos a la aplicación de la prohibición de conductas desleales que afecten al interés público (art. 3 LDC), «incomprensible al tratarse de conductas prohibidas, como las colusorias y las abusivas, en las que concurre un interés público en su persecución —como en los casos anteriores—»<sup>31</sup>, o la ambigüedad respecto a la posibilidad de que los ADC nacionales puedan aportar informaciones —no vinculadas a observaciones— por iniciativa propia a los órganos jurisdiccionales.

RUIZ PERIS hace especial hincapié en la ausencia de límites para la intervención de las Autoridades de Competencia en su función de *amicus*; límites que considera absolutamente necesarios para preservar la igualdad de armas en el procedimiento, dado que toda intervención de *amicus curiae*

<sup>30</sup> Por ejemplo, los estudios de Alberto ARRIBAS, en VVAA, *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Civitas, 2007 o de Íñigo RODRIGUEZ SASTRE, en VVAA, *Derecho Español de la Competencia. Comentarios a la Ley 15/2007*, Bosch, 2008.

<sup>31</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», *Derecho de los negocios*, núm. 206, 2007, p. 11.

conlleva el fortalecimiento de las tesis de una u otra parte y la necesidad del no beneficiado de hacer frente a un «aparato enorme y especializado en defensa de la competencia» incrementando sus gastos. Esto es así, según el autor, dado que el prestigio de los órganos de defensa de la competencia podría propiciar la aceptación automática de las tesis sostenidas por éstos por parte de los órganos jurisdiccionales, debido a la complejidad creciente de los casos de defensa de la competencia que, a veces, implican análisis económicos elevados. Para RUIZ PERIS «parece necesaria la exigencia de un esfuerzo de contención y justificación por parte de las (Autoridades de Defensa de la Competencia) limitando sus observaciones a lo estrictamente necesario y de especial atención jurisdiccional en la revisión respecto a la justificación de las observaciones puestas de manifiesto por las (Autoridades de Defensa de la Competencia)»<sup>32</sup>.

Para el autor esta situación contrasta con la existente en los sistemas de *common law* donde tuvo origen la institución del *amicus curiae* y se ha desarrollado de una forma más abierta. «El sistema de *amicus curiae* de la *common law* es un sistema abierto, en el que cabe, por ejemplo, que una organización profesional concedora de la intervención de una ADC presente sus propias observaciones como *amicus curiae*, en tanto que la solución prevista por el art. 15 bis concede a los ADCs el monopolio de la actuación como *amicus curiae*, lo que priva de la posibilidad de que la intervención de la ADC sea contrarrestada por quien tenga una concepción del interés público diversa de la que sostenga en tal caso el ADC»<sup>33</sup>.

## 7. CONSIDERACIONES FINALES

La institución del *amicus curiae*, con remotos orígenes en el Derecho romano y una larga trayectoria en el ámbito de los países de *Common Law* (en especial Estados Unidos), se encuentra actualmente en un proceso de expansión hacia otros ordenamientos como el Derecho internacional o los sistemas jurídicos de *Civil Law*, etc.) que coincide con cierta reconsideración de sus posibilidades en los ordenamientos en los que ya se encuentra asentado.

A este lado del Atlántico y en el ámbito concreto del Derecho de la competencia, el *amicus curiae* está dando sus primeros pasos tanto en España como en el resto de los países miembros de la Unión Europea salvo, quizás, Alemania. A pesar de que la Comisión y las Autoridades Nacionales de la Competencia pueden utilizar esta herramienta procesal desde el 1 de mayo de 2004 para aquellos procesos judiciales en los que se aplican los art. 81 y 82 del Tratado, hasta el momento se ha ejecutado un uso muy moderado de la misma, tanto por parte de la Comisión Europea como por las agencias nacionales de competencia.

<sup>32</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», p. 13.

<sup>33</sup> J. I. RUIZ PERIS, «Los órganos de defensa de la competencia como *amicus curiae*», p. 13.



Incluso países con una larga tradición en la utilización de esta figura dentro del campo de la defensa de la competencia como la República Federal de Alemania hacen un uso restringido de la misma, dado el alto volumen de procedimientos civiles en los que se aplica la normativa de competencia, centrándose la Autoridad de Competencia en intervenir en aquellos casos ante el Tribunal Supremo y también en los que presentan algún paralelismo o conexión con expedientes administrativos que están siendo investigados por la propia Autoridad alemana.

Junto a la reforma de la legislación procesal y de la normativa de competencia algunos países comunitarios como Holanda han optado por publicar unas directrices que señalen los principios que han de guiar a la Autoridad de Competencia de los Países Bajos en la utilización de la nueva institución procesal. Estos principios son el interés público como objetivo fundamental de la intervención como *amicus curiae*, el carácter discrecional de esta intervención, la limitación de la misma a los procedimientos en los que aplique el Derecho de la competencia y el uso eficiente de los recursos públicos, de forma que la actuación como *amicus curiae* no perjudique la actividad normal de la institución.

El escaso tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007 no permite examinar todavía cuál ha sido la utilización práctica de esta figura dentro del ordenamiento jurídico español. No obstante, razones similares a las expuestas para otros sistemas europeos aconsejan pensar que se hará un uso moderado de la misma, atendiendo siempre a los intereses públicos que, de acuerdo con la LDC, las Autoridades Nacionales de la Competencia deben proteger y prestando la máxima asistencia a los jueces y tribunales españoles que soliciten la asistencia de las Autoridades administrativas de Competencia.

A pesar de su escasa utilización el *amicus curiae* ya ha suscitado una primera cuestión prejudicial ante el TJCE, solicitando el parecer del Tribunal de Luxemburgo sobre los límites de la figura. Si bien el carácter muy específico del caso en el que se ha planteado la cuestión puede limitar de alguna forma el fallo final del Tribunal de Justicia, no puede descartarse que el juez europeo decida plasmar una opinión concreta sobre la figura regulada en el art. 15.3 del Reglamento 17/2003. Esta evaluación judicial de la institución podría además coincidir con el Informe sobre la aplicación del Reglamento 1/2003 que debe presentar la Comisión ante el Parlamento y el Consejo Europeo, según el art. 44 del Reglamento, a los cinco años desde su aplicación, fecha que se cumple en mayo de 2009.

Todo lo anterior (escasa experiencia en su aplicación, futura revisión judicial de la figura por el TJCE, informe de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento 1/2003, etc.) obliga a pensar el desarrollo de la institución del *amicus curiae* cuenta todavía con un margen extenso para su desarrollo en el ordenamiento jurídico español que deberá, al mismo tiempo, ajustar los detalles de esta figura a las características específicas de nuestra legislación procesal.

# COMENTARIO DE ALGUNAS NOVEDADES EN MATERIA DE REGULACIÓN Y COMPETENCIA EN EL SECTOR ELÉCTRICO DURANTE EL EJERCICIO 2007

Eduardo SALINAS

Subdirector de Régimen de Competencia  
Comisión Nacional de la Energía

## 1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se propone presentar una síntesis de algunas novedades esenciales de carácter normativo y de aplicación práctica en el ámbito de la regulación y competencia en el sector eléctrico, en el ejercicio 2007.

La primera novedad que hay que resaltar necesariamente es la aprobación de dos Leyes que tienen por objeto incorporar en la legislación nacional las directivas europeas del mercado interior de gas y electricidad integrantes del segundo paquete adoptado en el año 2003. En estas dos Leyes, la Ley 12/2007, por lo que respecta al sector de hidrocarburos, y la Ley 17/2007, por lo que respecta al sector eléctrico, se recogen novedades cruciales en el proceso de liberalización de los sectores energéticos.

Por ello, en el capítulo siguiente se realiza una síntesis de los elementos esenciales de la Ley 17/2007, que comporta un avance más en la liberalización de este sector, reduciendo el ámbito de lo «regulado» a favor de lo «liberalizado» previendo por ejemplo la desaparición del sistema tarifario, o la introducción de medidas de separación funcional entre empresas de un mismo grupo de sociedades.

Sobre este nuevo contexto sectorial de mayor liberalización, tanto las mencionadas leyes sectoriales como la nueva Ley de Defensa de la Competencia —también aprobada el pasado ejercicio— delimitan de manera más clara los poderes y responsabilidades de los reguladores sectoriales y Autoridades de Competencia, materia examinada de manera sintética en el capítulo 3, de manera que la regla de competencia exclusiva (ya vigente antes en virtud del art. 51 bis de la Ley derogada) para aplicar las reglas



*antitrust* a favor de las Autoridades de Competencia, se ve complementado por la atribución —en las leyes sectoriales— de manera también reforzada (y en línea con lo exigido por las directivas incorporadas) al regulador energético de una función de supervisión de los sectores energéticos, como complemento y pieza no menos relevante del conjunto del sistema para aplicar medidas de orden *ex ante*. Parece lógico que paralelamente al desarrollo de la liberalización, el regulador sectorial, sin dejar de cumplir sus funciones de regulador *stricto sensu* de las actividades monopolísticas, amplíe sus atribuciones de supervisor para asegurar el respeto adecuado de las normas *antitrust* en las actividades sometidas a competencia, atendiendo a su mayor proximidad a los mercados y su mejor conocimiento técnico de los mismos.

Finalmente, se recoge también en este trabajo una mención a la práctica de ejercicio por la CNE de sus funciones en materia de supervisión y competencia en el ejercicio 2007.

## 2. SÍNTESIS DE LAS NOVEDADES ESENCIALES DE LA NUEVA LEY SECTORIAL ELÉCTRICA E INCIDENCIA EN EL MODELO DE COMPETENCIA REGULADA

### A. CONSIDERACIONES GENERALES

Sin pretensión de comentar todas las modificaciones en el ámbito de la regulación que se contemplan en estas leyes, que han merecido para la Ley eléctrica la calificación de «reforma»<sup>1</sup>, pues hacerlo requeriría un examen que excede del propósito y alcance de este trabajo, sí pretendemos realizar una mención somera a las cuestiones de mayor relevancia por lo que respecta a los instrumentos que se contemplan de naturaleza regulatoria «para la competencia».

Con la Ley 54/1997 se procedió a una adaptación de la normativa española a lo dispuesto en la Directiva de 1996 que iba más allá de las obligaciones recogidas en ésta, razón por la cual, como señala la propia Exposición de Motivos de la nueva Ley «Si bien la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003, introduce novedades para completar el mercado interior de la electricidad, hay que señalar que la mayor parte de las disposiciones establecidas en la misma ya se encuentran incorporadas en la legislación española, por lo que su adecuación sólo afecta a la necesidad de modificar aspectos puntuales».

Así, por ejemplo, la liberalización prevista inicialmente en la Ley se adelantó progresivamente hasta establecerse la elegibilidad total para todos los consumidores a partir del 1 de enero de 2003, de manera que ya antes

---

<sup>1</sup> Obra conjunta *Comentarios a la Ley de Reforma del Sector Eléctrico (Ley 17 de 2007)*, coordinada por Vicente LÓPEZ-IBOR MAYOR, Thomson-Civitas, 2007.

de los plazos exigidos por la Directiva de 2003 se cumplieran estas exigencias en el Derecho español. Existe, no obstante, un conjunto de materias que han requerido una adaptación de la normativa española a la mencionada Directiva<sup>2</sup>.

Esta Directiva tiene por finalidad mejorar determinados aspectos de la competencia, según lo interpreta el legislador español, pues, según recoge la referida Exposición de Motivos de la Ley, «introduce (la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003) nuevas medidas para garantizar unas condiciones equitativas en el ámbito de la generación y para reducir el riesgo de que aparezcan posiciones dominantes y comportamiento abusivo, garantizando así tarifas de transporte y distribución no discriminatorias mediante un acceso a la red basado en tarifas publicadas antes de su entrada en vigor, y velando por la protección de los derechos de los pequeños clientes y de los clientes vulnerables y la publicación de información sobre las fuentes de energía para producción de electricidad, así como referencia a las fuentes, cuando estén disponibles, que faciliten información sobre su impacto medioambiental».

La adaptación requerida por la Directiva efectuada a través de la Ley que se comenta no representa un cambio radical del modelo de regulación y competencia recogido en la Ley 54/1997, pero tampoco comporta sólo una mera adaptación dado que se recogen algunas modificaciones de calado y de carácter absolutamente esencial. En efecto, con la nueva Ley se ahonda en la liberalización e incremento de competencia en el sector eléctrico mediante la introducción de algunas modificaciones en el régimen de mercado, mediante la desaparición del sistema tarifario, clarificando y delimitando las funciones del distribuidor al que se desliga por completo del suministro y el mercado, profundizando en la separación de las actividades reguladas y liberalizadas mediante la introducción de la separación funcional, y dotando a la CNE de funciones adicionales de supervisión del sector.

La nueva Ley representa en tal medida un avance en la evolución del modelo de competencia regulada de la Ley 54/1997 antes perfeccionado, al reducirse el ámbito de lo regulado y ampliarse el ámbito de lo liberalizado.

Algunas modificaciones tienen una gran relevancia en el plano de los principios generales en que se basa la Ley. Así, no es en absoluto desdeñable la importancia de la modificación conceptual en materia de régimen de acti-

<sup>2</sup> La fecha límite de transposición recogida en la Directiva era la de 1 de julio de 2004, fecha que se ha incumplido, lo que ha dado lugar al procedimiento iniciado contra España, que ha resultado en la Sentencia del Tribunal de Luxemburgo de 21 de junio de 2007, en el asunto C-358/05, declarando que España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la 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, al no haber adoptado, dentro del plazo señalado, todas las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a dicha Directiva.

Además, se ha de señalar que la fecha efectiva para algunas obligaciones como la separación funcional era la de 1 de julio de 2004.



vidades en la nueva redacción del art. 2 de la LSE, al señalar que las actividades destinadas al suministro de energía se ejercerán garantizando ya no «el suministro de energía eléctrica a todos los consumidores demandantes del servicio» tal como recogía ese precepto antes de su modificación, sino «el acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional»<sup>3</sup>, conservando en todo caso el carácter de servicio esencial.

Ello tiene relación, en realidad, con la nueva formulación de la obligación de garantía de suministro, recogida de manera coherente con lo anterior en la nueva redacción del art. 10.1 LSE, que ya no señala de manera genérica que «todos los consumidores tendrán derecho al suministro de energía eléctrica...», sino que «todos los consumidores tendrán derecho al acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, en el territorio nacional, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan por el Gobierno, con la colaboración de las Comunidades Autónomas».

Completándose lo anterior con el establecimiento de una obligación más taxativa de suministro para determinados consumidores a una tarifa de último recurso, en los siguientes términos recogidos en el segundo párrafo del mencionado art. 10.1 LSE: «Los consumidores que se determine tendrán derecho al suministro de energía eléctrica a precios máximos que podrán ser fijados por el Gobierno y tendrán la consideración de tarifas de último recurso» realizándose la determinación en la nueva Disposición Adicional Vigésimocuarta de la Ley.

En definitiva, la desaparición del sistema de tarifa conduce a una formulación diferente de la obligación de garantía de suministro, de modo que para el conjunto de consumidores se convierte dicha garantía en un derecho de acceso y conexión a las redes de transporte y distribución de energía eléctrica, y sólo para determinados consumidores se plasma en un efectivo derecho de servicio universal, en tanto derecho al suministro de energía eléctrica a precios máximos a través del suministrador de último recurso, si bien sigue calificándose el servicio con carácter general como esencial<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> Esta modificación se acomoda al régimen de la Directiva que en su art. 3.3 señala, en materia de obligaciones de servicio público, que los Estados miembros impondrán a las compañías de distribución la obligación de conectar a los consumidores a sus redes de acuerdo con las condiciones y tarifas establecidas de acuerdo con el art. 23.2.

<sup>4</sup> Esta obligación de suministro a precios máximos se corresponde con la exigencia que la Directiva impone a los Estados miembros de establecer obligaciones de servicio público en esta materia, en cuyo art. 3.3 se señala: «Los Estados miembros deberán garantizar que todos los clientes domésticos y, cuando los Estados miembros lo consideren adecuado, las pequeñas empresas, es decir, las empresas que empleen a menos de cincuenta personas y cuyo volumen de negocios o balance general anual no exceda de diez millones de euros, disfruten en su territorio del derecho a un servicio universal, es decir, del derecho al suministro de electricidad de una calidad determinada, y a unos precios razonables, fácil y claramente comparables y transparentes [...] Para garantizar la prestación del servicio universal, los Estados miembros podrán designar un suministrador de último recurso». Se trata no tanto de una facultad como de una obligación respecto a los consumidores domésticos, y de una facultad respecto de las empresas referidas.

Las modificaciones más relevantes de la nueva Ley afectan al mercado minorista y no tanto al mayorista, que ya había sido objeto de varias modificaciones con anterioridad. Así, se produce la desaparición del sistema a tarifa el 1 de enero de 2009, prestando transitoriamente los distribuidores la actividad de suministro a tarifa tal y como vienen haciendo hasta ahora, conviviendo por tanto durante un periodo determinado (hasta la supresión del sistema a tarifa el 1 de enero de 2009) un sistema de tarifas integrales con la liberalización total exigida por la Directiva a partir de julio de 2007, y después y hasta el 1 de enero de 2010 convivirá eventualmente con un sistema de tarifas de último recurso para un amplio conjunto de consumidores que puede incluir no sólo los domésticos de baja tensión<sup>5</sup>. A ello hay que añadir que el Real Decreto 871/2007, de 29 de junio, por el que se ajustan las tarifas eléctricas a partir del 1 de julio de 2007, establece en su Disposición Adicional Cuarta que «a partir de 1 de julio de 2008 se suprimen las tarifas generales de alta tensión y la tarifa horaria de potencia».

La Ley contempla la modificación de la configuración actual de la actividad de distribución, y la adaptación de los derechos y obligaciones de distribuidores y comercializadores al nuevo orden establecido, encargándose éstos de la actividad de suministro a todos los consumidores. Ello se acompaña de la creación de las tarifas de último recurso y de la asignación a los comercializadores que se determine reglamentariamente de la función de suministrador de último recurso.

Otro elemento de gran relevancia de la reforma y que resultaba necesario recoger en la normativa española para acomodarla a la europea es la introducción de medidas de separación funcional y de gestión de los gestores de redes de transporte y distribución respecto de intereses en actividades de generación y suministro, cuyo alcance es susceptible de variadas

<sup>5</sup> Pues según la Disposición adicional vigésimo cuarta sobre Suministro de último recurso, a partir del 1 de enero de 2010 sólo podrían permanecer acogidos a tarifa de último recurso aquellos consumidores con suministros en baja tensión, permitiéndose por tanto la existencia de tarifas de último recurso entre el 1 de enero de 2009 hasta el 1 de enero de 2010 para un conjunto de consumidores amplio.

Se ha interpretado que la Directiva no prohíbe (pues no lo hace expresamente) que existan tarifas (más bien precios máximos) para otros consumidores distintos de los consumidores domésticos que se benefician de manera obligatoria del servicio universal (en su caso a través de tarifas de último recurso) o de las pequeñas empresas referidas (de menos de cincuenta trabajadores y diez millones de euros de volumen de negocios) a las que potestativamente los Estados miembros pueden también atribuir tal derecho. Así, el hecho de que la Directiva exija a los Estados Miembros un servicio universal (en términos de garantía de suministro a precios razonables y transparentes) sólo para los domésticos y sin embargo lo permita, pero sólo expresamente, para las empresas referidas, no impediría la extensión de un régimen de obligación de suministro a precios razonables a otros consumidores distintos, de mayor volumen. Otra cosa es la necesidad de que la aplicación en este ámbito del principio de subsidiariedad deba hacerse de forma compatible con las exigencias en esta materia impuestas por la propia Directiva en materia de obligaciones de servicio público y por el Derecho comunitario en general (es decir, se deberá superar el test conforme al cual las medidas sean las menos distorsionadoras del mercado y la competencia, de manera razonable, para conseguir los objetivos legítimos en cuestión, y cumplan con las medidas sobre ayudas de Estado o el Derecho de la competencia). Ver en este sentido, C. W. JONES, *EU Energy Law*, vol. 1, *The Internal Energy Market*, p. 143.



interpretaciones, lo que exigirá una labor de supervisión y control por parte de las Administraciones competentes.

Asimismo, se procede al refuerzo de las obligaciones del Operador de Sistema en su función de gestor de transporte y de garantía de seguridad de suministro, y a la modificación de la configuración de la actividad de transporte, diferenciando entre transporte primario y secundario, y se procede también a la asignación en régimen de exclusividad al gestor de la red de transporte de la actuación como transportista único en el territorio peninsular<sup>6</sup>, salvo habilitación para que el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio autorice previo informe de la CNE y Comunidad Autónoma correspondiente, la titularidad a favor del distribuidor de la zona de instalaciones de 220 kV por sus características y funciones. En este mismo ámbito, se contempla el derecho de conexión como condición previa para la concesión del acceso a las redes, y para la autorización de instalaciones de generación, lo que ha merecido una valoración negativa de la CNE considerando que deberían ser examinados de manera más detenida los efectos que tal vinculación puede tener sobre una actividad liberalizada no sometida a planificación en la Ley como es la actividad de generación, o sobre la efectividad del derecho genérico al acceso<sup>7</sup>.

Como se ha señalado, las modificaciones recogidas en la Ley afectan fundamentalmente al mercado minorista y no tanto al mayorista, pues la nueva regulación de este último ya se había venido produciendo con otras normas legales y reglamentarias adoptadas con anterioridad, que han tenido por objeto el desarrollo del mercado a plazo, la contratación bilateral y el mercado ibérico.

En este sentido, la propia Exposición de Motivos de la Ley señala que ésta se propone mejorar la competencia y el funcionamiento eficaz del mercado, teniendo en cuenta la creación del Mercado Ibérico de la Electricidad, y las reformas efectuadas en el Real Decreto Ley 5/2005, de

---

<sup>6</sup> Esta circunstancia ha merecido una valoración negativa del Consejo de la CNE, expresada mediante Acuerdo adoptado en sesión del día 7 de junio de 2007, en los siguientes términos: «Sobre las funciones de «Red Eléctrica de España, S.A.» como transportista: Esta Comisión no considera conveniente, ni necesario para garantizar la función de REE como operador del sistema, gestor único de las redes de transporte y transportista principal, atribuir a dicha sociedad un monopolio de derecho para ostentar la titularidad de las redes de transporte en España». Véase también Informe 18/2006, de 1 de junio de 2006, de la CNE en relación con el anteproyecto de Ley por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, para adaptarla a la 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.

<sup>7</sup> Acuerdo adoptado en sesión del día 7 de junio de 2007. La CNE señala sobre los cambios mencionados «que van en detrimento del principio de libre acceso de terceros a la red, cuestión que es crucial en el proceso de liberalización del sector», entendiendo que «la modificación del citado precepto altera el régimen actualmente vigente en la materia en el que, en primer lugar, procede la concesión del derecho de acceso definido como derecho abstracto al tránsito de energía por redes ajenas, que posibilita actuaciones posteriores para hacerlo eficaz, entre éstas, la vinculación del acceso conferido a un punto de conexión concreto. La alteración de la secuencia descrita en los términos propuestos por el Proyecto merma, a juicio de esta Comisión, el derecho de acceso reconocido con carácter general a los sujetos del sistema eléctrico».

11 de marzo, de reformas para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública y en el Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modifican determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico.

Ello se traduce en la adaptación de las posibilidades de contratación y de actuación de los agentes en el mercado; eliminando la figura de agente externo, que pasa a ser incluida en la figura de comercializador, y en la flexibilización de los requisitos para realizar intercambios intracomunitarios.

En efecto, la Ley 54/1997 había sido ya objeto de sucesivas modificaciones a través de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, con la finalidad de regular la contratación a plazo o de prever la posibilidad de desarrollo reglamentario de emisiones primarias de energía destinadas igualmente a fomentar la contratación a plazo, o a través del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, que contempla la posibilidad de que los distribuidores puedan concluir contratos bilaterales con entrega física, así como el reconocimiento a los sujetos portugueses para actuar en los mercados de energía eléctrica previstos en el Convenio Internacional entre España y Portugal suscrito en Santiago de Compostela el 1 de octubre de 2006 relativo a la creación de un Mercado Ibérico de la Electricidad.

En consecuencia, la Ley 17/2007 no recoge cambios sustanciales en el mercado de producción sino que se limita a mejorar la redacción de determinados artículos conforme a los cambios que ya se habían producido anteriormente a través de otras normas, de manera que las únicas modificaciones sustantivas se refieren a lo siguiente: 1) desaparición de la figura del agente externo, 2) liberalización plena de los intercambios intracomunitarios de electricidad, 3) modificación de la garantía de potencia como un componente de retribución obligatoria del mercado de producción<sup>8</sup>.

Las modificaciones con mayor incidencia en el modelo de competencia regulada que se recogen en la nueva Ley afectan, en consecuencia, al mercado minorista. La desaparición del sistema de tarifa integral y su sustitución por tarifas de último recurso debería eliminar el riesgo de que las tarifas puedan representar un obstáculo al desarrollo de la competencia efectiva en los mercados competitivos<sup>9</sup>.

<sup>8</sup> Carlos VÁZQUEZ COBOS, «El Mercado Ibérico de la Electricidad tras la Ley 17/2007», pp. 171 y ss., capítulo II de la obra conjunta *Comentarios a la Ley de Reforma del Sector Eléctrico (Ley 17 de 2007)*, Thomson-Civitas, 2007.

<sup>9</sup> Véase las consideraciones realizadas en este sentido por la Comisión Europea en su estudio sectorial de la energía *Sector Inquiry* documento COM (2006) 851 final: Investigación de conformidad con el art. 17 del Reglamento (CE) núm. 1/2003 en los sectores europeos del gas y la electricidad (informe final), en el que señala que «en varios Estados miembros, las tarifas reguladas han generado efectos nocivos para el desarrollo de unos mercados competitivos, puesto que se han fijado en unos niveles muy bajos en comparación con los precios de mercado y abarcan una gran parte del mercado, lo que da lugar a una nueva regulación. Del mismo modo, en varios Estados miembros se han examinado unas medidas especiales para reducir las facturas de electricidad de las industrias grandes consumidoras de energía. Estas medidas deben ser compatibles con las normas sobre competencia y sobre ayudas estatales».



La creación de tarifas de último recurso no debería representar un obstáculo al desarrollo de la competencia efectiva, siempre que se haga respetando las exigencias que en materia de obligaciones de servicio público contempla la Directiva, siendo relevante también a estos efectos cómo se designen los comercializadores encargados de prestar el suministro de último recurso.

La introducción de medidas de separación funcional y de gestión entre las actividades de red y las liberalizadas de producción y suministro debería contribuir a asegurar la garantía de ausencia de discriminación, por parte de los distribuidores en el ejercicio de sus funciones, en favor de las sociedades que desarrollan actividades libres dentro del mismo grupo. En sentido similar, la creación de la Oficina de Cambios de Suministrador debería contribuir a asegurar la ausencia de discriminación en la aplicación de los procedimientos de cambio de suministrador, si bien su efectividad dependerá del esquema de funcionamiento y composición de sus órganos de gestión que se contemple.

Otro de los elementos de interés de la reforma consiste en la atribución a la CNE de funciones adicionales en materia de supervisión, lo que se desarrolla en el capítulo siguiente.

En suma, la nueva Ley reguladora del sector eléctrico incide sobre el modelo de competencia regulada que caracteriza a dicho sector eléctrico mediante la introducción de nuevas técnicas regulatorias destinadas a incrementar la competencia, tales como la introducción de manera novedosa de medidas de separación funcional o de gestión, o mediante el avance en el desarrollo del ámbito de lo liberalizado frente a lo regulado a través de la desaparición de las tarifas, complementando lo anterior con una pieza clave en el funcionamiento del sistema, como es el incremento, al menos nominalmente y aunque sin recoger instrumentos para su desarrollo, de las funciones de supervisión del regulador sectorial.

#### B. REFERENCIA PARTICULAR A NOVEDADES LEGISLATIVAS Y REGLAMENTARIAS EN MATERIA DE MEDIDAS ESTRUCTURALES DE FOMENTO DE LA COMPETENCIA: SUBASTAS VIRTUALES DE ENERGÍA, OPERADORES PRINCIPALES Y OPERADORES DOMINANTES

Entre los instrumentos o técnicas que cabe utilizar para desarrollar la competencia en sectores regulados como el eléctrico se encuentran determinadas medidas estructurales a aplicar a algunos operadores que sobresalen por su importancia en el mercado. De esta naturaleza son las medidas contempladas en el Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, en particular en su art. 34 y en su Disposición Adicional Tercera, que se refieren respectivamente a medidas o limitaciones aplicables a los operadores principales (aquellos que se encuentren entre los cinco de mayor cuota del sector) y a los operadores dominantes (aquellos con una cuota superior al 10 por 100).

Se trata de medidas de promoción *ex ante* de la competencia, lo que justifica la atribución de las funciones de administración y supervisión en este ámbito al regulador sectorial. Con carácter general, las limitaciones aplicables a los operadores principales consisten en la prohibición para cualquier persona física o jurídica del ejercicio de sus derechos de voto correspondientes a participaciones accionariales en exceso sobre el 3 por 100 del capital social de más de un operador principal, y la prohibición de designación, por un accionista común a dos operadores principales, de los miembros de los órganos de administración de más de uno de dichos operadores.

Por lo que respecta a la otra figura de los llamados operadores dominantes, una de las limitaciones estructurales que revisten mayor importancia consiste en la posibilidad para el Gobierno de celebrar subastas virtuales de energía primaria, según se regula en la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 54/1997<sup>10</sup>.

La Ley 17/2007 objeto de comentario recoge algunas modificaciones sobre estas cuestiones, en materia de mercado geográfico a considerar en la determinación de los operadores principales, o en materia de procedimiento para la determinación anual de los operadores dominantes (obligando a la CNE a contar con un trámite previo de aprobación de la relación por el Consejo de Reguladores del MIBEL), e igualmente una modificación de la redacción de la mencionada Disposición Adicional Decimosexta en materia de emisiones primarias de energía.

a) *Novedades legislativas y reglamentarias en materia de emisiones de energía primarias y otros instrumentos de fomento de la contratación a plazo*

La Ley 36/2003 introdujo una nueva Disposición Adicional Decimosexta en la Ley 54/1997 destinada a regular mecanismos de mercado con el objetivo de fomentar la contratación a plazo.

La Ley 17/2007 recoge una modificación, aunque menor, en materia de emisiones de energía primaria, modificando la redacción de la referida Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 54/1997. La redacción de tal norma en la actualidad es la siguiente:

Disposición Adicional Decimosexta. Mecanismos de mercado que fomenten la contratación a plazo.

El Gobierno podrá establecer por vía reglamentaria mecanismos de mercado que fomenten la contratación a plazo de energía eléctrica. Dichos

<sup>10</sup> Introducida a través de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre y modificada sucesivamente por el art. 21 del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública; por el art. 1.14 del Real Decreto-Ley 7/2006, de 23 de junio; y, finalmente, por la Ley 17/2007, de 4 de julio.



mecanismos tomarán la forma de una emisión primaria de cierta cantidad de energía eléctrica, equivalente a una potencia determinada, en las condiciones y durante el periodo de tiempo que se especifiquen en la emisión.

Esta emisión primaria de energía será realizada por aquellos productores de energía eléctrica que tengan la condición de operadores dominantes en el Sector Eléctrico.

El Gobierno fijará reglamentariamente las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en esta emisión primaria de energía eléctrica, que deberá ser pública, transparente y no discriminatoria.

La nueva redacción elimina el anterior párrafo tercero que señalaba que «la potencia afectada en cada emisión no podrá ser superior, para cada operador dominante, al 20 por 100 de la potencia eléctrica instalada de la que sea directa o indirectamente titular. La capacidad de producción que podrá ser adquirida individualmente en cada emisión por cada participante quedará limitada a un máximo del 10 por 100 de la potencia total emitida».

Nada señalaba la Exposición de Motivos de la Ley 36/2003 en relación con esta concreta disposición que se comenta, pero de su incardinación en el art. 20 titulado «Contratación a plazo de energía eléctrica» de dicha Ley se deduce, pues, cuál es su finalidad. Además del apartado 9 del art. 20 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre, de Medidas de Reforma Económica, el resto de apartados del referido artículo persiguen la misma finalidad consistente en acomodar el marco normativo previsto en la Ley 54/1997 para el fomento de la contratación a plazo de energía eléctrica.

Recientemente se ha aprobado el Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero, por el que se establecen las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en las emisiones primarias de energía eléctrica, en cuya Exposición de Motivos se recoge la finalidad de promoción de la competencia perseguida con estas medidas de fomento de la contratación a plazo en los siguientes términos:

«El fomento de la contratación a plazo en el mercado eléctrico pretende evitar que las compañías eléctricas obligadas a las emisiones primarias acaparen la mayor parte de la energía negociada en el mercado *spot*.

Por medio de las emisiones primarias de energía, como medida de fomento de la contratación a plazo, lo que se persigue en último término es reducir el poder de mercado de los operadores como condición necesaria para una competencia efectiva. Por lo tanto, el fomento de la contratación a plazo es el instrumento por medio del cual se logra la finalidad esencial de las emisiones primarias de energía. Esta finalidad aparece más clara en las modificaciones ulteriores de la norma».

Las primeras emisiones primarias de energía (EPE) vienen realizándose en primer lugar de acuerdo con lo previsto en la Resolución del Secretario General de Energía, dictada el 19 de abril de 2007, en desarrollo de la habilitación conferida en la disposición adicional vigésima del Real

Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se establece la tarifa eléctrica a partir de 1 de enero de 2007, que desarrolla la disposición adicional decimosexta de la Ley 54/1997 del Sector Eléctrico.

En el momento de aprobarse el Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero, por el que se establecen las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en las emisiones primarias de energía eléctrica, se habían celebrado ya tres de las cinco subastas reguladas en la disposición adicional vigésima del Real Decreto 1634/2006, de 29 de diciembre, por el que se revisa la tarifa eléctrica a partir del 1 de enero de 2007, siendo las empresas Endesa e Iberdrola en tanto operadores dominantes, los obligados a actuar como sujetos vendedores, y como sujetos compradores no pudieron actuar aquellos sujetos de mercado pertenecientes a los grupos empresariales considerados, en cada momento, como operadores principales en el sector eléctrico por resolución de la Comisión Nacional de Energía, excepto «Viesgo Generación, S.L.». La potencia a subastar resultaba prefijada y se repartió entre los productos base y punta, y dentro de éstos, en productos con entrega de energía trimestral, semestral y anual.

Las principales novedades que introduce el Real Decreto 324/2008 son la eliminación del producto trimestral, la reducción del número de subastas a realizar en el año, la forma de contratación de las entidades gestoras de las subastas, y la posibilidad de que el ejercicio de las opciones pueda hacerse por entrega física o por diferencias, según se determine para cada producto y para cada subasta<sup>11</sup>.

Junto a las EPE, cabe referirse también al desarrollo de otras modalidades de fomento de la contratación a plazo, instauradas con anterioridad a la Ley 17/2007, en desarrollo de normas legales anteriores.

En efecto, como antes señalábamos, las modificaciones más importantes de la nueva Ley 17/2007 afectan al mercado minorista y no tanto al mayorista, el cual ya había sido objeto de determinados cambios con el Real Decreto-Ley 5/2005 y su desarrollo reglamentario a través del Real Decreto 1454/2005, de 2 de diciembre, por el que se modificaron determinadas disposiciones relativas al sector eléctrico.

En desarrollo de esta norma se dictan varias Órdenes Ministeriales que desarrollan el mercado de contratación a plazo, como la Orden ITC/2129/2006, de 30 de junio y la Orden ITC/3990/2006, de 28 de diciembre, que regulan para el segundo semestre de 2006 y primer semestre de 2007 la obligación de las empresas distribuidoras de adquirir un porcentaje, respectivamente, del 5 por 100 y 10 por 100 de sus necesidades de energía eléctrica en el mercado a plazo del MIBEL (gestionado por OMIP-OMIClear), en consonancia con la cumbre Hispano-Lusa celebrada en Évora los días 18 y

<sup>11</sup> En desarrollo del mencionado Real Decreto se dicta la Resolución de 13 de mayo de 2008, de la Secretaría General de Energía, por la que se regulan las emisiones primarias de energía previstas en la disposición adicional única del Real Decreto 324/2008, de 29 de febrero.



19 de noviembre de 2005 y los acuerdos de la cumbre Hispano-Lusa celebrada en Badajoz los días 24 y 25 de noviembre de 2006<sup>12</sup>.

Después se introduce otra modalidad de contratación a plazo, a través de la Orden ITC/400/2007, de 26 de febrero, por la que se regulan los contratos bilaterales que firmen las empresas distribuidoras para el suministro a tarifa en el territorio peninsular, llamadas subastas CESUR, completando las posibilidades para que las empresas distribuidoras adquieran energía para su venta a los consumidores a tarifa, pudiendo así combinar las adquisiciones diarias e intradiarias en tiempo real en el mercado gestionado por OMIE con compras a plazo, bien en el mercado organizado de OMIP utilizando productos diseñados para sujetos mayoristas (carga base y carga pico), bien en las subastas que se regulan en la Orden citada, utilizando productos diseñados para sujetos minoristas (carga modulada).

Las subastas CESUR deberían tener un efecto favorable sobre el desarrollo de la contratación a plazo, y en consecuencia sobre la gestión del riesgo, pudiendo igualmente cumplir una función de desarrollo de la competencia, según reconoce la propia Exposición de Motivos de la Orden ITC/400/2007 que señala que «promueve la competencia en el mercado, elimina discriminaciones con los comercializadores de mercado libre, mejora la formación de los precios y facilita la confección de las tarifas reguladas».

El funcionamiento de estos mercados a plazo es objeto de supervisión por la CNE, tanto desde una perspectiva de corto plazo como de medio-largo plazo, tanto por lo que respecta a los aspectos de puro funcionamiento de las subastas como desde la perspectiva de su incidencia en el desarrollo del mercado a plazo o la competencia, y a ello nos referimos en apartados siguientes.

#### b) *Modificación del mercado geográfico de determinación de los operadores principales*

El Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, introdujo un régimen de limitaciones estructurales a aplicar a los accionistas comunes a varias empresas relevantes de los sectores energéticos (operadores principales), con la finalidad de salvaguardar la independencia de gestión de empresas competidoras, impidiendo que sus estrategias se coordinaran (o la información comercial sensible se intercambiara) debido a la presencia en sus órganos de gestión y capital social de accionistas comunes. La función de determinación anual de los operadores principales (definidos como los cinco de mayor cuota de mercado de cada sector energético) corresponde a la CNE según establece el mencionado art. 34 del Real Decreto-Ley 6/2000.

---

<sup>12</sup> En la actualidad, está vigente la Orden ITC/1865/2007, de 22 de junio, por la que se regula la contratación a plazo de energía eléctrica por los distribuidores en el segundo semestre de 2007 y en el primer semestre de 2008.

La Disposición Adicional Cuarta de la Ley 17/2007 recoge una modificación del Real Decreto Ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios, en lo que se refiere al ámbito geográfico en el que se han de determinar los operadores principales del sector eléctrico, en particular una modificación del párrafo *a)* del apartado 2 del art. 34, de manera que las actividades eléctricas en las que la CNE ha de determinar anualmente dichos los operadores son las siguientes:

#### Generación y suministro de energía eléctrica

La modificación operada a través de la nueva Ley 17/2007 en la redacción del art. 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, conlleva la supresión de la referencia al Mercado Ibérico de la Electricidad que había sido introducida en la redacción del art. 34 a través del Real Decreto-Ley 5/2005. La redacción de la letra *a)* del apartado 2 ha sufrido varias modificaciones desde la entrada en vigor del art. 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, pues la redacción originaria del precepto se refería a «Generación, transporte y distribución de energía eléctrica», luego modificada a través del Real Decreto-Ley 5/2005 para referirse a la «Generación y suministro de energía eléctrica en el ámbito del Mercado Ibérico de la Electricidad», regresando ahora a una la redacción originaria en cuanto al mercado geográfico aunque manteniendo la referencia al mercado de producto recogido a través del mencionado Real Decreto-Ley 5/2005 (que suprimió el transporte y sustituyó la distribución por el suministro).

En consecuencia, a partir de ahora la CNE habrá de determinar la relación de operadores principales en el ámbito del mercado español, considerando las actividades de generación y suministro, siendo de interés señalar respecto a esta última actividad que la CNE ha considerado ya en sus Resoluciones dictadas en ejercicios anteriores, de acuerdo con una interpretación sistemática de la Ley 54/1997, que el concepto de suministro, regulado en la Ley de manera unitaria bajo un mismo título, debe englobar tanto el suministro a clientes que hubiesen optado por el mercado libre como el suministro a tarifa.

La opción por un mercado geográfico nacional y no ibérico en materia de operadores principales denota la ausencia de intención del legislador español de progresar en la adopción de un régimen simétrico de limitaciones accionariales y de designación de consejeros en España y Portugal.

#### *c) La intervención del Consejo de Reguladores en materia de operadores dominantes*

La segunda modificación legal del Real Decreto-Ley 6/2000 se recoge en el apartado 2 de la Adicional Cuarta de la Ley 17/2007 que comentamos,



y afecta al procedimiento de determinación de los llamados operadores dominantes, es decir, aquellos que dispongan de una cuota igual o superior al 10 por 100 del mercado en cuestión, y a los que se aplican determinadas limitaciones en pro de la competencia o del desarrollo del mercado a plazo (emisiones primarias de energía, prohibición de representación en el mercado mayorista de productores en régimen especial, prohibición de realización de adquisiciones intracomunitarias fuera del Mercado Ibérico o terceros países). El referido apartado 2 de la Adicional Cuarta de la Ley 17/2007 cambia la redacción del último párrafo de la disposición adicional tercera del Real Decreto-Ley 6/2000.

Dice textualmente el apartado 2 de la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 17/2007:

«2. El último párrafo de la disposición adicional tercera queda redactado en los siguientes términos:

La Comisión Nacional de Energía, previo acuerdo del Consejo de Reguladores del MIBEL, hará público por medios telemáticos el listado de operadores dominantes a los que se refiere esta disposición adicional».

En definitiva, la nueva redacción introduce un requisito adicional para la CNE, con carácter previo a la publicación de la relación de operadores dominantes, que consiste en la necesidad de obtener un acuerdo sobre la citada relación en el Consejo de Reguladores del MIBEL. Este requisito procedimental tiene sentido en el contexto de creación y desarrollo de un Mercado Ibérico de la electricidad, por cuanto el objetivo es elaborar y difundir una relación de operadores dominantes en el sector eléctrico que sea común para España y Portugal.

El concepto de operador dominante en el Mercado Ibérico aparece desde la Cumbre Hispano-Lusa celebrada en Badajoz los días 24 y 25 de noviembre de 2006, y de manera más concreta en el Plan de Compatibilización Regulatoria firmado en Lisboa el 8 de marzo de 2007, entre las medidas para aumentar la competencia y reducir el poder de mercado, acompañando a otras como la celebración de emisiones primarias o la supresión de los CAES (contratos a largo plazo en Portugal). Dicho Plan de Compatibilización Regulatoria para el sector energético recoge un conjunto de materias sobre las que se debe presentar una propuesta compatibilizada de regulación por parte de las entidades reguladoras de cada país, en el ámbito del Consejo de Reguladores del MIBEL, entre las que se encuentra la definición del concepto de operador dominante y la metodología para su determinación.

Sin embargo, el Consejo de Reguladores del Mercado Ibérico de la Electricidad (MIBEL), integrado por las entidades reguladoras de energía, Comisión Nacional de Energía (CNE) y por la Entidade Reguladora dos Serviços Energéticos (ERSE); y por las entidades supervisoras financieras, Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y la Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (CMVM), ha aprobado una propues-

ta de compatibilización del concepto de Operador Dominante para el mercado eléctrico en el ámbito del MIBEL con fecha febrero de 2008, en el que se establece que «la realidad de la integración de ambos mercados muestra una efectividad limitada en algunos aspectos y probablemente esto siga siendo así hasta que se materialicen los planes de aumento de interconexión entre ambos países anunciados. Por ello, se considera necesario, hasta que se consiga una integración mayor, para asegurar la defensa de los intereses de los consumidores de Portugal y España, que se abra un periodo transitorio en el que se definan dos mercados relevantes diferenciados y no un único mercado geográfico a los efectos de la efectividad de algunas de las limitaciones asociadas al concepto de operador dominante».

La nueva redacción del Convenio de Santiago tras su modificación a través de Convenio firmado en Braga el 18 de enero de 2008 en la XXIII Cumbre Hispano-Lusa, pendiente de entrar en vigor, recoge un nuevo art. 7 bis sobre «Fomento de la competencia» con la siguiente redacción:

«1. A efectos del MIBEL, tendrá la condición de Operador Dominante del mercado toda empresa o grupo empresarial que, directa o indirectamente, tenga una cuota de mercado superior al 10 por 100, medida en términos de energía eléctrica producida en el ámbito del MIBEL, sin tomar en consideración la producción en Régimen especial, o bien medida en términos de energía eléctrica comercializada.

A estos efectos, la empresa o grupo empresarial tendrá la consideración de Dominante cuando supere dicho umbral en cualquiera de las dos actividades mencionadas (generación o comercialización) o en ambas simultáneamente.

2. A los operadores dominantes les podrá ser impuesto el siguiente conjunto de limitaciones y obligaciones:

- a) Posibilidad de realización de subastas de capacidad de carácter virtual u otros instrumentos análogos que fomenten la desintegración vertical, en cantidades que se establecerán anualmente por las partes, de forma coordinada entre sistemas y teniendo en cuenta la cuota relativa de los diferentes operadores dominantes.
- b) Restricciones a la adquisición de energía en otros países comunitarios fuera del ámbito del MIBEL, en la medida en que existan congestiones en la capacidad de interconexión.
- c) Imposibilidad de representación de productores en Régimen Especial (PER) siempre que su participación, directa o indirecta, en ellos sea inferior al 50 por 100 del capital.
- d) Restricciones totales o parciales tanto en la concesión de autorizaciones para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica como en la evacuación de energía, cuando existan situaciones de congestión en puntos concretos de las redes.

3. El Consejo de Reguladores determinará, al menos con periodicidad anual, los sujetos que verifiquen las condiciones para ser considerados operadores dominantes. Las partes definirán las limitaciones y obligaciones de entre las señaladas anteriormente a aplicar a los diferentes operadores



dominantes identificados, siendo competencia de cada parte la aplicación legal de las limitaciones a que hace referencia este artículo a los operadores dominantes correspondientes con sede o sucursal en su territorio».

Precisamente en este último apartado 3 del art. 7 bis se señala la necesidad de determinación, al menos anual, por el Consejo de Reguladores, de las relaciones de operadores dominantes.

### 3. EL NUEVO MARCO LEGAL DE RELACIONES ENTRE AUTORIDADES DE COMPETENCIA Y REGULADORES SECTORIALES Y REFORZAMIENTO PARA ÉSTOS DE SU FUNCIÓN DE SUPERVISIÓN

Como antes señalábamos, parece lógico y coherente con la elección de un sistema de aplicación de las reglas de competencia de carácter horizontal, dotar sin embargo a los reguladores sectoriales de funciones reforzadas de supervisión y de detección de prácticas anticompetitivas, y con carácter general, de los instrumentos que les permita promover la competencia con una perspectiva *ex ante*.

Las novedades legislativas en este ámbito en el ejercicio pasado se concretan en la aprobación de la nueva Ley de Defensa de la Competencia, cuyo art. 17 desarrolla los mecanismos de coordinación entre ambas instancias, Autoridad de Competencia y reguladores sectoriales, recogiendo de manera expresa la necesidad de informe del regulador o de la Autoridad de Competencia en los respectivos expedientes (ya con anterioridad el art. 51 bis de la Ley 16/89 derogada, introducido a través de la Ley 52/1999, recogía el criterio de competencia ejecutiva e instructora exclusiva de las Autoridades de Competencia en la aplicación de dicha Ley). Se opta así por un modelo de «competencia concentrada» y no «difusa» (de plena concurrencia o superposición competencial) o «dispositiva»<sup>13</sup>, por cuanto la competencia se concentra y ejerce de manera exclusiva por la Autoridad de Competencia, clarificando la nueva Ley el régimen de intervención consultiva del regulador sectorial.

En definitiva, la reclamación del regulador energético (recogida tanto en los comentarios de la CNE al Libro Blanco como sobre el Anteproyecto de Ley) de que se le otorgaran facultades de instrucción de los expedientes sobre prácticas prohibidas por la Ley de Competencia que tuvieran lugar en los sectores energéticos<sup>14</sup>, decae completamente con la aproba-

<sup>13</sup> Véase Mariano BACIGALUPO SAGGESE, «La Coordinación de la Comisión Nacional de la Competencia con los Reguladores Sectoriales en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre 2007, p. 406.

<sup>14</sup> Véase informe de la CNE por el que se realizan comentarios al Libro Blanco para la reforma del sistema español de Defensa de la Competencia, de 31 de marzo de 2005, así como el informe sobre el Anteproyecto de la Ley de Defensa de la Competencia, ambos en la página web de la CNE.

ción de la nueva Ley, pues ésta recoge el mismo mecanismo plasmado en la Ley de Hidrocarburos (función Duodécima de la Adicional Undécima.Tercero.1) consistente en la detección por el regulador y puesta en conocimiento a la Comisión Nacional de Competencia, de «los actos, acuerdos, prácticas o conductas de los que pudiera tener conocimiento en el ejercicio de sus atribuciones que presenten indicios de ser contrarios a esta Ley, aportando todos los elementos de hecho a su alcance y uniendo, en su caso, el dictamen correspondiente» [letra *a*) del apartado 2 del art. 17 de la Ley 15/2007].

Y la nueva la Ley horizontal recoge ahora de manera expresa lo que ya hacía y sigue haciendo la Ley sectorial (función Decimoquinta de la Adicional Undécima.Tercero.1 de la Ley 34/1998), a saber, la necesidad de informe preceptivo (aunque no vinculante) del regulador energético respecto de las operaciones de concentración de empresas energéticas<sup>15</sup>. Así, en su apartado 2, el art. 17 de la Ley 15/2007 señala, en la letra *c*) que «la Comisión Nacional de la Competencia solicitará a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia».

A ello se añade ahora [letra *d*) del apartado 2 del art. 17 de la Ley 15/2007] la necesidad de informe no vinculante del regulador sectorial a solicitar tanto por la Comisión Nacional de Competencia como por los órganos competentes de las Comunidades Autónomas, sobre los expedientes incoados por conductas restrictivas de la competencia previstas en la Ley de Competencia. Entendemos que la expresión «solicitarán» dota al informe a solicitar al regulador sectorial del carácter de preceptivo, sin que exista pues la potestad de solicitarlo o no para el órgano instructor, y ello incluye a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas.

Pero las obligaciones de coordinación no se materializan solamente en una obligación de petición de informe de la Autoridad de Competencia respecto del regulador, sino igualmente viceversa, de manera que la nueva Ley recoge de manera novedosa que «los reguladores sectoriales solicitarán informe a la Comisión Nacional de la Competencia, antes de su adopción, sobre las circulares, instrucciones o decisiones de carácter general en aplicación de la normativa sectorial correspondiente que puedan incidir significativamente en las condiciones de competencia en los mercados» [letra *b*)]. Nótese respecto de este supuesto que a diferencia de los anteriores, el regulador sectorial tiene cierto margen de apreciación en la decisión de recabar a la CNC el informe mencionado, a la vista de su propia interpretación de si el proyecto normativo incide o no de manera significativa en las condiciones de competencia en los mercados.

<sup>15</sup> En su apartado 2, el art. 17 de la Ley 15/2007 señala, en la letra *b*) que «la Comisión Nacional de la Competencia solicitará a los reguladores sectoriales la emisión del correspondiente informe no vinculante en el marco de los expedientes de control de concentraciones de empresas que realicen actividades en el sector de su competencia».



Por último, la Ley prevé un mecanismo de coordinación institucional, consistente en que «los presidentes de la Comisión Nacional de la Competencia y de los respectivos órganos reguladores sectoriales se reunirán al menos con periodicidad anual para analizar las orientaciones generales que guiarán la actuación de los organismos que presiden y, en su caso, establecer mecanismos formales e informales para la coordinación de sus actuaciones» (apartado 3 del art. 17). A este respecto hay que señalar que ya antes de haber entrado en vigor esta norma, la CNE había concluido un protocolo de colaboración con el Servicio de Defensa de la Competencia en el que se anticipan los mecanismos de coordinación, y que tiene por finalidad facilitar la cooperación de ambas partes en la ejecución de sus funciones respectivas en asuntos de competencia, evitando duplicidad de actuaciones y garantizando la consistencia entre las decisiones tomadas o acciones emprendidas por las partes en relación con asuntos de competencia entre operadores<sup>16</sup>.

Como complemento de todo lo anterior, las dos nuevas leyes sectoriales recogen, «sin perjuicio de las competencias atribuidas a los diferentes órganos de Defensa de la Competencia» (para hacerlo todo coherente con el esquema de atribución de competencias que se acaba de ver), una función reforzada de supervisión del regulador sectorial, dentro de un nuevo apartado 5 del art. 3 de la Ley 54/1997, introducido a través de la Ley 17/2007, y de un apartado 4 del art. 3 de la Ley 34/1998, del Sector de Hidrocarburos, introducido a través de la Ley 12/2007, todo ello con la finalidad de «garantizar la ausencia de discriminación, una auténtica competencia y un funcionamiento eficaz del mercado», a cuyo efecto la CNE habrá de supervisar en los sectores de electricidad y gas natural un conjunto de materias<sup>17</sup>.

Estas materias, algunas específicas de cada sector, otras comunes, que recogemos de manera conjunta para la electricidad y gas, serían las siguientes: la gestión y asignación de capacidad de interconexión; los mecanismos destinados a solventar la congestión de la capacidad en las redes; el tiempo utilizado por el transportista y las empresas de distribución en efectuar conexiones y reparaciones; la publicación de información adecuada por parte de los gestores de red de transporte y distribución sobre las interconexiones, la utilización de la red y la asignación de capacidades a las partes interesadas; la separación efectiva de cuentas con objeto de evitar subvenciones cruzadas entre actividades de generación, transporte, distribución, y suministro; las condiciones y tarifas de conexión aplicables a los nuevos productores de electricidad; la medida en que los gestores de redes de trans-

---

<sup>16</sup> Para un detalle de este protocolo, véase Mariano BACIGALUPO SAGGESE, «La Coordinación de la Comisión Nacional de la Competencia con los Reguladores Sectoriales en la nueva Ley de Defensa de la Competencia», *Revista de Administración Pública*, núm. 174, septiembre-diciembre 2007, pp. 415 y ss.

<sup>17</sup> Un análisis más detallado de esta función de supervisión y su encaje en el conjunto de funciones de la CNE lo realicé en «Comentario de las nuevas funciones de supervisión de la CNE y de la nueva redacción de la función Decimocuarta», en el trabajo conjunto *Comentarios a la Ley de Reforma a la Ley del Sector Eléctrico: Ley 17 de 2007*, Aranzadi, 2007.

porte y distribución están cumpliendo sus funciones; el nivel de transparencia y de competencia; el cumplimiento de la normativa y procedimientos relacionados con los cambios de suministrador que se realicen, así como la actividad de la Oficina de Cambios de Suministrador; el cumplimiento de las obligaciones de información que sea proporcionada a los consumidores acerca del origen de la energía eléctrica que consumen, así como de los impactos ambientales de las distintas fuentes de energía utilizadas; las condiciones de acceso al almacenamiento de gas natural.

Se atribuye además a la Comisión Nacional de Energía la potestad de dictar Circulares a publicar en el *Boletín Oficial del Estado*, para recabar de los sujetos que actúan en el mercado eléctrico o gasista cuanta información requiera para efectuar la supervisión.

La función de supervisión es una pieza clave en el funcionamiento del sistema, pues ha de permitir incrementar la eficacia del sistema en términos de promoción de la competencia, de manera que este sistema no esté basado solamente en la aplicación *ex post* de las normas sancionadoras por las Autoridades de Competencia y cuando estas prácticas ya se han realizado, sino igualmente de manera *ex ante* por los reguladores sectoriales.

Entre los instrumentos a disposición de estos reguladores para dicha promoción de la competencia se encuentra la propuesta en el momento oportuno de una regulación diferente, que atienda a la eliminación de ineficiencias regulatorias, o que promueva la aparición de incentivos o señales económicos adecuados para desarrollar determinadas actividades en términos eficientes, competitivos y al menor coste posible. Pero también se dispone de la función de supervisión, tanto de actividades reguladas o monopolísticas como de actividades en libre competencia, que ha de permitir, máxime respecto de estas últimas, que las prácticas contrarias a la competencia no se desarrollen, o que una vez detectadas no resulten impunes si es el regulador, por su proximidad, mejor información y conocimiento de los mercados, el más idóneo para detectarlos.

La función de supervisión ha cobrado una importancia creciente también en otros ordenamientos, como en Estados Unidos, donde en 2002 fue creada por la *Federal Energy Regulatory Commission* (FERC) una Oficina de Supervisión e Investigación de Mercados (*Office of Market Oversight and Investigation*, OMOI) con objeto de realizar una supervisión de los mercados y el propósito de evitar situaciones como la crisis de California, y la atribución en la sección 1238 de la Energy Policy Act de 2005 a la FERC de una potestad de dictar normas destinadas a impedir la comisión de prácticas anticompetitivas. La OMOI ha realizado desde su creación una labor de supervisión de los mercados eléctricos orientada a la detección de ineficiencias, incremento de la información y transparencia de los mercados, coordinación de los agentes y Operadores del Sistema, facilitando así a los agentes ajustar sus contrataciones a la realidad de los mercados, en términos de precios, capacidad, etc. Todo ello ha permitido considerar que la perspectiva de FERC en el cumplimiento de su misión ha variado de mane-



ra significativa, hasta el punto de considerar que ha evolucionado desde la tradicional función de establecer precios justos y razonables hacia la de «asegurar que los mercados funcionen»<sup>18</sup>.

La labor de la OMOI queda recogida en un informe anual de Situación de los Mercados, y algo semejante contempla respecto a la CNE la nueva Ley, cuya Disposición Adicional Quinta de la Ley 17/2007, bajo el título de Supervisión de mercado eléctrico, señala que «la Comisión Nacional de Energía, en el ejercicio de las funciones de supervisión que tiene encomendadas, remitirá anualmente un informe al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio analizando el grado de desarrollo de la competencia en el mercado eléctrico incluyendo, en su caso, propuestas de reforma regulatoria destinadas a reforzar el grado de competencia efectiva en el sector».

La CNE viene ejerciendo sus funciones de supervisión de mercados mediante el ejercicio de sus antiguas funciones de detección de indicios de prácticas contrarias a la competencia (función Duodécima), y ahora igualmente mediante la redacción de informes de supervisión, de diferente naturaleza y en los diferentes sectores energéticos.

Tal como se recoge en la página web de la CNE, la tipología de los informes de supervisión de los mercados es variada. A continuación recogemos las referencias en la página web de la CNE a la actividad supervisora de la CNE, si bien hay que señalar que existen otras actividades de supervisión y en su caso informes que no se refieren ahí.

Para el mercado eléctrico, el objetivo que se fija la CNE es el de supervisión del mercado eléctrico en sus distintas modalidades: mercado mayorista a corto-medio plazo<sup>19</sup>, mercado mayorista a largo plazo (cobertura de la demanda y del tipo de generación que entra en el mercado); mercado minorista (evolución del cambio de suministrador y problemas relacionados con dicho cambio, análisis de márgenes de comercialización y del mercado potencial para la extensión real del mercado libre).

La supervisión comprende no sólo los mercados eléctricos al contado, sino igualmente los mercados derivados de la energía, mercados a plazo: mercados de futuros del MIBEL y negociación OTC; subastas (de adquisición de energía por parte de los distribuidores de energía eléctrica, emisiones primarias de energía y otros tipos de subastas en el que exista un subyacente a plazo).

Para el mercado de gas, la CNE se propone el objetivo de supervisión del mercado global del gas, analizando: mercado mayorista (seguimiento del nivel de competencia en el mercado, diversificación de aprovisiona-

---

<sup>18</sup> Juan DE LA CRUZ FERRER, «Bases para el diseño de los mercados eléctricos», en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red*, enero-abril 2007, núm. 28, p. 30.

<sup>19</sup> Análisis estructural (determinación del mercado relevante, índices de concentración, análisis de oferta y demanda residual). Análisis de comportamiento (*benchmarking* de precios, alteraciones del orden de mérito, política de oferta de los agentes, análisis de rentabilidad, análisis de uniformidad de condiciones de venta y análisis de la explotación hidráulica).

mientos, evolución de las subastas de gas y contratación y condiciones de acceso de terceros a redes); mercado minorista (funcionamiento del mercado y actividad de comercialización de último recurso).

Para el mercado del petróleo, el objetivo de supervisión es el mercado de los productos derivados del petróleo en el territorio nacional, examinando: mercados global de hidrocarburos<sup>20</sup>; mercado logístico de distribución de productos petrolíferos<sup>21</sup>; mercado de estaciones de servicio<sup>22</sup>; mercado de comercialización de biocarburantes; actividades relacionadas con sostenibilidad.

Por último, dentro de la actividad de supervisión se pretende recoger también un análisis de la competencia en los mercados de energía, en tanto análisis sectorial a partir de la secuencia estructura-conducta-resultados con objeto de complementar el análisis realizado por los informes de mercados sectoriales, en la que se analiza las condiciones de competencia en los mercados; la estructura empresarial del sector energético, y resultados empresariales por actividad (análisis económico-financiero).

#### 4. BREVE REFERENCIA A LA PRÁCTICA DE EJERCICIO POR LA CNE DE SUS FUNCIONES DE SUPERVISIÓN Y COMO ÓRGANO CONSULTIVO EN MATERIA DE CONCENTRACIONES

##### A. LA FUNCIÓN DE SUPERVISIÓN

La CNE ha comenzado ya su labor de supervisión mediante la redacción de algunos de los informes periódicos de supervisión correspondientes a las actividades y periodos que acabamos de recoger, otros sin embargo están siendo elaborados o lo serán en el futuro. Así, se viene redactando un boletín semanal del mercado de la electricidad, en el que se proporciona información sobre los balances de energía y precios en cada uno de los segmentos del mercado diario, intradiario y mecanismos de operación del sistema. Se redactan igualmente otros informes de supervisión que por su naturaleza no se publican directamente en la página web de la CNE.

Para los mercados derivados de la energía se realizan boletines que recogen información semanal y mensual sobre los futuros y mercados eléctricos OTC, en los que incluyen información sobre el análisis de los mercados a plazo con subyacente eléctrico, sobre los precios y volúmenes de contratación a plazo en los mercados organizados (mercado de futuros ges-

<sup>20</sup> Mediante informes periódicos (diarios, semanales, mensuales y anuales) que analizan la evolución de los principales parámetros y su evolución frente al resto de países europeos.

<sup>21</sup> Mediante la publicación en la página web de las condiciones de los contratos logísticos suscritos por todos los operadores petroleros y logísticos según lo indicado en el art. 2 del RDL 6/2000.

<sup>22</sup> Mediante los informes de supervisión en áreas micro que permitirán el seguimiento del 5 por 100 de la red cada año y la totalidad del mercado canario.



tionado por OMIP) y no organizados (mercado OTC)<sup>23</sup>, así como boletines mensuales sobre el Mercado Ibérico de la Electricidad<sup>24</sup>.

En el sector de gas se vienen realizando informes mensuales de supervisión del mercado mayorista de gas, que recoge información sobre el mercado de GNL internacional y el mercado de gas en España, realizando un seguimiento de la demanda, las existencias, el tránsito internacional, el mercado secundario y los precios de gas.

También se realiza una supervisión mensual de los abastecimientos de gas y la diversificación de suministro, recogiendo información sobre la evolución mensual del abastecimiento de gas natural al mercado español y el grado de diversificación de suministro, así como el abastecimiento mensual de GNL en Europa por país importado. Asimismo, se supervisa la gestión técnica del sistema gasista o el mercado minorista<sup>25</sup>. Además se realizan informes anuales de supervisión de los mercados mayorista y minorista de gas natural en 2006 y comparativa internacional, que recoge información sobre la evolución de los precios del gas en los mercados internacionales en comparación con el coste de la materia prima en el mercado español, y realiza un análisis comparativo del precio del gas natural en los Estados miembros de la UE, tanto para consumidores domésticos como para consumidores industriales; y en el ámbito español se realiza un *Informe anual de supervisión del mercado minorista de gas natural en España*, en el que se analiza la evolución del mercado de gas natural en España, prestando especial atención al análisis de la evolución de la demanda de gas, al crecimiento y extensión de la red a nuevos clientes, así como a la evolución de los suministros en el mercado liberalizado, indicando las cuotas de mercado de los distintos comercializadores, tanto en términos de ventas como en número de clientes. Por último, cabe mencionar la supervisión del mercado minorista por Comunidades Autónomas<sup>26</sup>.

---

<sup>23</sup> Asimismo, ofrece información sobre variables relacionadas con los fundamentales que afectan tanto al precio *spot* como a los precios a plazo y que permiten, por tanto, comprender mejor la evolución de los precios de contratos a plazo con subyacente eléctrico. Por último, incluye información sobre la contratación a plazo en otros mercados internacionales como PowerNext, European Energy Exchange (EEX) o NordPool.

<sup>24</sup> Recoge información mensual de seguimiento del MIBEL elaborado por el Consejo de Reguladores. Contiene información sobre mercado a plazo, mercado diario y contratación bilateral en España, producción y contratación bilateral en Portugal, utilización de las interconexiones, precios de electricidad en mercados internacionales, y precios de combustibles: gas natural, fuel-óleo, carbón.

<sup>25</sup> *Informe mensual de supervisión de la gestión técnica del sistema gasista*, que recoge información sobre la gestión técnica del sistema gasista, las entradas y salidas de gas, el balance del sistema, los niveles de existencias, la operación y el mantenimiento de las instalaciones de transporte; *informe trimestral de supervisión del mercado minorista de gas natural en España* que recoge los datos más significativos de la evolución del mercado minorista de gas natural en España, así como las cuotas de mercado de los diferentes grupos empresariales, por volumen de ventas y por número de clientes.

<sup>26</sup> *Informes anuales de supervisión del mercado minorista de gas natural por Comunidades Autónomas*, que analizan la evolución del mercado de gas natural en cada Comunidad Autónoma, prestando especial atención al análisis de la evolución de la demanda de gas, al crecimiento y extensión de la red a nuevos clientes, así como a la evolución de los suministros en el mercado liberalizado, indicando las cuotas de mercado de los distintos comercializadores, tanto en términos de ventas como en número de clientes.

En el mercado de petróleo, la CNE viene realizando informes semanales de supervisión del mercado logístico<sup>27</sup>, así como la supervisión de las estaciones de servicios, tanto con carácter macro<sup>28</sup> como micro<sup>29</sup>.

En relación con las subastas virtuales de energía en el mercado eléctrico, la Comisión ha tenido la ocasión de realizar de manera inicial un análisis y supervisión de las mismas, en su *Informe de valoración preliminar sobre las subastas de emisiones primarias de energía y CESUR*, en el que se señalan algunos elementos que las subastas deberían tener a fin de promover adecuadamente la contratación a plazo y la competencia<sup>30</sup>, en consonancia con las conclusiones de los análisis realizados en esta materia por la Comisión Europea<sup>31</sup>.

En este punto, resulta interesante señalar que existe un cierto escepticismo en el ámbito comunitario europeo sobre la idoneidad en todos los casos de las emisiones primarias de energía para cumplir el objetivo de desarrollo de la competencia, y en los análisis de la CNE también se ha puesto de manifiesto, sin perjuicio de una valoración positiva de las subastas realizadas en cuanto mecanismo para incrementar la liquidez del mercado a plazo y el aprendizaje de su funcionamiento, algún grado de escepticismo por lo que respecta a la funcionalidad de dichos mecanismos de contratos a plazo, tal como están diseñados ahora, para reducir el ejercicio de poder de mercado o los precios.

<sup>27</sup> *Informe semanal de supervisión del mercado de hidrocarburos. Estado del mercado logístico en España* mediante la conexión a la página web de la CNE que muestra las condiciones de precio de la totalidad de los terminales españoles.

<sup>28</sup> *Informes mensuales de precios de carburantes en España y Unión Europea: supervisión de la evolución a nivel global de los precios en estaciones de servicio comparando con el resto de los países de la Unión Europea*. Y con carácter semestral, informe semestral sobre supervisión a nivel agregado de los precios en estaciones de servicio en España, desglosando los componentes básicos del mismo, su evolución y el comportamiento frente a distintas sensibilidades.

<sup>29</sup> Análisis de la traslación de precios en el sector de distribución al por menor de carburantes de automoción en un área geográfica concreta para extraer conclusiones relevantes sobre el nivel de competencia, grado de alineamiento o dispersión, contestabilidad en precios tanto inter-marca como intra-marca en áreas concretas.

<sup>30</sup> «En resumen, se propone revisar el planteamiento de fondo de las actuales subastas de emisiones primarias de energía, también a la vista de los planes de una posible celebración conjunta de subastas virtuales de capacidad en el ámbito del MIBEL. Por tanto, si se considerara que estas subastas deben estar enfocadas esencialmente hacia el fomento de la contratación a plazo, como instrumento de cobertura de riesgo, parecería adecuado pasar a una nueva fase de su desarrollo, caracterizada por una eliminación de la obligatoriedad que existe en el programa actual. Y, finalmente, si se valorara que existen problemas de competencia que las subastas virtuales pueden contribuir a resolver, sería necesario el establecimiento de un instrumento adicional más eficaz, de naturaleza obligatoria para los operadores con posiciones de dominio, orientado principalmente a incentivar la nueva entrada en el medio-largo plazo en los mercados de generación y comercialización y, en la medida de lo posible, a mitigar en el corto plazo el ejercicio potencial de poder de mercado que se haya previamente detectado. En todo caso, como condición previa a la implantación de este tipo de medidas deberían solucionarse todos aquellos aspectos que pueden distorsionar el funcionamiento del mercado minorista, como por ejemplo la estructura actual de las tarifas eléctricas.»

<sup>31</sup> Véase informe de DG COMP *Antitrust remedies in the gas and electricity sectors*, Discussion paper presented to the Energy Day 2007.



En tal sentido, se advierte que como consecuencia de las subastas citadas existe ciertamente un mayor volumen de intercambios de contratación a plazo pero que parecen, de momento, orientados a optimizar posiciones mediante operaciones de cobertura y arbitrajes, sin que resulte claro cómo contribuyen a modificar las estrategias de oferta de los operadores dominantes en el mercado mayorista de contado o para permitir la entrada de nuevos agentes o el desarrollo de los incumbentes de tamaño más reducido que los dominantes, y advirtiendo en todo caso una cierta consistencia entre los precios de las subastas y los precios observados en los mercados a plazo, lo cual indicaría que a través de operaciones de arbitraje entre los diferentes instrumentos a plazo, los precios en ellos tiendan a estar alineados y a ser similares, reflejando en última instancia el precio esperado en el mercado *spot*.

B. NOVEDADES PRÁCTICAS EN RELACIÓN CON EL EJERCICIO POR LA CNE DE SU POTESTAD AUTORIZATORIA EN MATERIA DE OPERADORES PRINCIPALES AL AMPARO DEL ART. 34.5 DEL REAL DECRETO-LEY 6/2000

La referencia a la intervención de la CNE en el ámbito de la supervisión o competencia en términos *ex ante* sería incompleta si no se hiciera referencia a una función que, siendo ejecutiva, sí está atribuida a la CNE en un ámbito claramente atinente a la defensa de la competencia, pues su configuración como norma y control *ex ante* y no *ex post* (y en tal medida no representativo por tanto de una acción administrativa tendente a sancionar una infracción tipificada que hubiera obligado a una instrucción previa por el órgano especializado en competencia) ha permitido la atribución de su administración al regulador sectorial.

En el ejercicio de 2007 la CNE ha tenido la oportunidad de decidir un nuevo expediente de solicitud de autorización de ejercicio de derecho de voto y nombramiento de consejeros al amparo del núm. 5 del art. 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, precepto este último que prevé limitaciones estructurales (ejercicio de derecho de voto y nombramiento de consejeros) aplicadas a los titulares de participaciones accionariales en exceso sobre el 3 por 100 en el capital social de más de uno de los llamados operadores principales, determinados anualmente por la CNE como los cinco primeros de cada sector energético.

El expediente se refiere a la solicitud de autorización de ACS, presente en Unión Fenosa con una participación de alrededor del 40 por 100, para ejercer derechos de voto en exceso sobre el 3 por 100 hasta una participación inferior al 25 por 100 en el capital social de Iberdrola.

De manera novedosa respecto de la práctica administrativa manifestada por la CNE en dos expedientes similares examinados en 2001 y 2005 (asuntos AEV 1/2001 *La Caixa/Endesa* y AEV 1/2005 *BBVA/Iberdrola*), el regu-

lador decide en este caso, en lo que representa una clara evolución de su doctrina previa, de manera diferenciada respecto de tales expedientes, ampliando el ámbito de materias sobre las que se permite a ACS el ejercicio de derecho de voto en las Juntas de Accionistas de Iberdrola, y recogiendo además una doctrina singular en materia de nombramiento de Consejeros.

La importancia de la evolución se constata si se atiende a las características fácticas que acompañan a este asunto, y su comparación con los dos expedientes previos, singularmente el decidido en 2005. La evolución de la doctrina no fue unánime, por cuanto se recogen tres votos particulares, uno de los cuales atiende sustancialmente a la práctica administrativa anterior, y otros dos votos conjuntos que disienten sobre el pronunciamiento de la mayoría en materia de autorización para el nombramiento de consejeros.

En efecto, la marcada presencia de ACS en el operador principal Unión Fenosa, que condujo a finales de 2005 al Servicio de Defensa de la Competencia a estimar, con ocasión del examen de la operación de incremento de la participación accionarial en un 10 por 100 hasta el 34,5 por 100 del capital social de Unión Fenosa, que ACS obtenía con esa nueva participación la capacidad de ejercer influencia decisiva en el operador eléctrico mencionado, constituye un elemento fáctico comparable en importancia a la presencia de La Caixa en Gas Natural, examinada en el ejercicio 2001, en realidad de aun mayor importancia, si se atiende al hecho que La Caixa no disponía del control exclusivo sino conjunto sobre Gas Natural, mientras que el tipo de control o influencia decisiva al que alude el Servicio de Defensa de Competencia respecto de ACS sobre Unión Fenosa es de control exclusivo.

Además, la comparación con este asunto permite constatar una diferencia adicional de no poca importancia, pues la participación sobre la que se solicita autorización es, en el asunto *La Caixa/Endesa*, de aproximadamente el 5 por 100, mientras que en el asunto AEV 1/2007 es de casi el 25 por 100. Mientras que en el expediente AEV 1/2005, la CNE decidió en los mismos términos restrictivos que en 2001, si bien las participaciones de BBVA en ambos operadores principales era de aproximadamente el 5 por 100, no disponiendo en ninguno de ambos, por tanto, de ninguna suerte de influencia decisiva, ni exclusiva ni conjunta, y además, la participación en Gas Natural se disponía a través de Repsol.

Lo anterior no es óbice para una nueva valoración de la CNE, sustentada en los conceptos jurídicos indeterminados en juego al aplicar la potestad autorizatoria, así como en una importancia creciente otorgada a determinados principios generales de entidad tan indiscutible como el principio de libertad de empresa o de propiedad privada, recogidos en la motivación de la Resolución.

Como antes señalábamos, las novedades esenciales del expediente decidido en 2007 se refieren en primer lugar a la ampliación del ámbito de



decisión otorgado al accionista respecto de la nueva sociedad sobre la que solicita ejercitar derechos de voto sin limitación. A diferencia de los dos expedientes previos antes citados, en los que se señalaba de manera expresa el ámbito de materias sobre los que se podía votar sin restricciones (aprobación de las cuentas anuales, informe de gestión, y aplicación del resultado), en el decidido en 2007 se modifica el mecanismo autorizador, señalando mediante una lista negativa las materias sobre las que no se permite ejercer derechos de voto, de lo que se deduce que sobre todo lo demás sí podrán votar.

Y en materia de designación de consejeros, la novedad de la Resolución de 2007 consiste en que no recoge ya, como se hizo por ejemplo en la Resolución del expediente decidido en 2001, la prohibición, de manera expresa, de nombrar o designar consejeros por ningún procedimiento, ya sea en ejercicio del derecho de representación proporcional *ex art.* 137 de la Ley de Sociedades Anónimas (LSA), por cooptación (*art.* 138 LSA) o por el procedimiento general a través de la Junta de Accionistas, sino que se limita la prohibición a la de designación por el procedimiento de los arts. 137 (representación proporcional) y 138 (cooptación) de la Ley de Sociedades Anónimas, de lo que se deduce, *sensu contrario*, que ACS podría nombrar consejeros independientes (algo expresamente prohibido en expedientes anteriores) u otros consejeros como por ejemplo ejecutivos (que determinan la estrategia de la sociedad) si se entiende que así está «designando» en los términos del art. 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, mediante el ejercicio de sus derechos de voto con mayoría fáctica (a la vista de la dispersión del capital social y de la importancia relativa de su participación) en las reuniones de la Junta de Accionistas.

### C. EJERCICIO DE SUS FUNCIONES COMO ÓRGANO CONSULTIVO SOBRE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Según hemos visto, los reguladores sectoriales no tienen funciones ejecutivas en materia de competencia, y se limitarían en consecuencia a cooperar con las Autoridades de Competencia, y a actuar como órganos consultivos de la Administración competente en tales materias.

Por tal razón, la práctica de la CNE en materia de competencia está integrada más bien por informes sobre operaciones de concentraciones, o por informes por los que se pone en conocimiento de la Autoridad de Competencia la existencia de eventuales indicios de prácticas contrarias a la Ley de Competencia, o informes de supervisión en ejercicio de su nueva función en esta materia.

La CNE también interviene en los procesos de concentración en ejercicio de la célebre función Decimocuarta, de las que tiene atribuidas en la Adicional Undécima.Tercero.1 de la Ley de Hidrocarburos, pero en ejercicio de tal potestad no realiza un examen de las operaciones bajo la pers-

pectiva de defensa de la competencia, sino que atiende a los efectos de la misma sobre las llamadas actividades reguladas y que impliquen una relación de sujeción especial, considerando aspectos de interés general y política energética, incidencia sobre los llamados activos estratégicos y sobre la seguridad pública y de abastecimiento con carácter general.

No entramos aquí en detalle en toda la amplia práctica administrativa de la CNE y otras autoridades sobre la operación de toma de control de Endesa por varias empresas desde septiembre de 2005, haciéndolo sólo para señalar que en el ejercicio 2007 ha culminado el proceso de ofertas públicas que comenzó en septiembre de 2005 con la oferta de Gas Natural, con éxito para los vencedores en dicho proceso competitivo (Acciona y Enel), quedando pendientes todavía pronunciamientos de la instancia judicial europea tanto sobre la norma de aplicación (célebre función Decimocuarta de las atribuidas a la CNE) como sobre las decisiones que la CNE y el Ministerio han adoptado en aplicación de tal norma<sup>32</sup>.

Las reglas del Derecho comunitario en este punto según la interpretación que se ha dado del principio de libre circulación de capitales y derecho de establecimiento por las instituciones comunitarias no dejan margen para ninguna actitud proteccionista por parte de ningún Estado miembro para la defensa de la nacionalidad de sus empresas. No obstante, no faltan voces críticas del excesivo formalismo de las reglas comunitarias por lo que respecta a las empresas privatizadas (jurisprudencia en materia de acción de oro), reglas formalistas que son no tan exigentes, sin embargo, por lo que respecta a su aplicación a empresas, especialmente las públicas, que no abren en ninguna medida sus capitales a la libertad de circulación de capitales por que no están «en venta» en el mercado bursátil.

Una vez señalado de manera somera el resultado del conocido proceso de OPAs, pasamos a recordar la práctica de la CNE en el ejercicio 2007 en materia de concentraciones. En ejercicio de la llamada función Decimoquinta de la Disposición Adicional Undécima Tercero.1 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos, la Comisión Nacional de Energía ha tenido la oportunidad de pronunciarse de nuevo en relación con dos expedientes de concentración de importancia menor, relativos a empresas distribuidoras de electricidad, mediante la redacción de sendos informes en los que ha venido a recoger, como viene haciendo desde hace varios ejercicios, sus consideraciones sobre este tipo de operaciones.

<sup>32</sup> Sí cabe señalar que con fecha de 6 de marzo de 2008 el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha dictado sentencia por la que declara que España ha incumplido el Derecho comunitario, al no retirar las condiciones impuestas para la adquisición de Endesa por Eon, con arreglo a decisiones de la Comisión Europea en tal sentido.

E igualmente, por lo que respecta al recurso interpuesto por España contra la decisión de la CE sobre la Resolución de la CNE en relación con la oferta de Acciona y Enel sobre Endesa, cabe señalar que el Tribunal de Primera Instancia ha denegado la solicitud de medidas cautelares instadas por España para que fuera suspendida la ejecución de la mencionada Decisión de la CE, por lo que hay que entender ejecutiva tal decisión y en tal medida no exigibles, al menos de momento y salvo que finalmente se declare la ilegalidad de la decisión de la CE, las condiciones en litigio impuestas por la CNE.



Se trata del informe a petición de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la operación de concentración económica consistente en la adquisición de activos de distribución de la empresa «C. Marcial Chacón e Hijos, S.L.» (sociedad distribuidora de electricidad de las previstas en la Disposición Transitoria 11.ª de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, que desarrolla la actividad de distribución, así como de suministro de energía eléctrica a tarifa), por parte de «Unión Fenosa Distribución, S.A.». Y del informe a petición de la Dirección General de Defensa de la Competencia sobre el proyecto de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo sobre la empresa distribuidora de energía eléctrica «Enrique García Serrano, S.L.» por parte de «Iberdrola, S.A.».

Por otro lado, la CNE también ha tenido ocasión de examinar dos operaciones de concentración en el sector de hidrocarburos, redactando los correspondientes informes: informe a petición de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de «Disa Península, S.L.U.» de determinados activo propiedad de «Total España, S.A.» (aprobado por el Consejo de Administración de 18 de octubre de 2007); e informe a petición de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la operación de concentración consistente en la creación de una empresa en participación de plenas funciones controlada conjuntamente por «Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.» y «BP Oil España, S.A.U.» (aprobado por el Consejo de Administración de 20 de diciembre de 2007).

La CNE procede en sus informe, como suele hacer en estos casos, a determinar y analizar los mercados relevantes afectados por la operación en el ámbito del sector energético, tanto de producto, como geográfico relevante, pasando luego a realizar una valoración de la operación, sirviéndose de la metodología empleada en sede de competencia, si bien aportando sus conocimientos sectoriales y la incidencia de la regulación en dicho análisis.

Respecto de la operación de concentración económica consistente en la adquisición de activos de distribución de la empresa «C. Marcial Chacón e Hijos, S.L.» por parte de «Unión Fenosa Distribución, S.A.», la CNE señala que el incremento del grado de concentración en la actividad de distribución, aun siendo una actividad de monopolio natural, puede provocar un efecto negativo en el desarrollo de las actividades liberalizadas, especialmente sobre la actividad de comercialización, teniendo en cuenta la ventaja competitiva que representa la titularidad de las redes eléctricas y la información sobre los clientes. En este caso, la operación notificada produce un incremento muy reducido en la cuota de distribución de la empresa adquirente en el ámbito local e insignificante en el ámbito nacional, ya que la cuota de mercado de la distribuidora adquirida no es en absoluto significativa en el mercado peninsular y, por otro lado, esta última empresa no desarrolla actividad alguna de comercialización que haya de ser atribuida a la adquirente. Por ello, se considera que la operación notificada no aumenta

los riesgos derivados de la integración de actividades de distribución sobre el desarrollo de la actividad de comercialización, en términos de incremento de barreras de entrada, información privilegiada o posibilidades de discriminación en perjuicio de los competidores del titular de la red, debido a la reducida dimensión de la empresa adquirida.

El análisis de la CNE recoge una cierta valoración de los eventuales efectos positivos de la misma, en términos de una eventual mayor calidad y eficiencia del servicio eléctrico en la zona de distribución de la empresa adquirida, considerando la aportación de *know how* de la adquirente y los menores costes de operación y mantenimiento de las instalaciones de distribución, traduciéndose en mejoras en el sistema de distribución eléctrica local y regional.

En suma, se concluye que la operación examinada no daría lugar a una modificación estructural que pueda obstaculizar el ejercicio de la competencia efectiva, ya que no se produce en absoluto un incremento relevante en el grado de concentración existente en la actividad de distribución, que pueda afectar a la competencia efectiva en el mercado de la comercialización.

Por lo que respecta al proyecto de concentración consistente en la adquisición del control exclusivo sobre la empresa distribuidora de energía eléctrica «Enrique García Serrano, S.L.» por parte de «Iberdrola, S.A.», la operación notificada consiste en la adquisición de la totalidad del capital social de la distribuidora eléctrica García Serrano por parte de Iberdrola, pasando a ostentar el 100 por 100 del mercado de distribución de electricidad en los municipios de Peñalsordo y Capilla, en la provincia de Badajoz.

El informe describe las actividades desarrolladas por las partes intervinientes en la operación, y establece los mercados relevantes de producto y geográficos, concluyendo que los mercados de producto afectados por la operación de concentración son la actividad de distribución y la actividad de comercialización de energía eléctrica y respecto del mercado geográfico, tanto de la distribución como de la comercialización, la delimitación es de carácter nacional. Una vez presentada la operación de concentración y delimitados los mercados, se realiza una valoración de los efectos de la operación notificada sobre el desarrollo de la libre competencia. Desde el punto de vista económico, la operación notificada por Iberdrola produce un incremento en la cuota de distribución en el ámbito nacional muy reducido, y analizando el número de clientes y el volumen de facturación de ambas sociedades, se pone de manifiesto, igualmente, la escasa relevancia de la distribuidora García Serrano respecto de las magnitudes correspondientes al grupo Iberdrola. Con respecto a la actividad de comercialización, García Serrano no desarrolla esta actividad e Iberdrola no comercializa energía eléctrica en las localidades en que opera aquella.

Por todo ello, a juicio de esta Comisión, la operación de concentración no daría lugar a una modificación estructural que pueda obstaculizar el ejer-



cicio de la competencia efectiva, ya que no se produce en absoluto un incremento relevante en el grado de concentración existente en la actividad de distribución ni en ninguna otra actividad eléctrica.

Con relación a la operación de concentración consistente en la adquisición por parte de «Disa Península, S.L.U.» de determinados activo propiedad de «Total España, S.A.», se enmarca dentro del proceso general de desinversión iniciado por la segunda de los negocios residuales que, en materia de suministro y distribución minorista y *extra-red* de combustibles y carburantes de automoción, todavía mantiene en España, con el objeto de centrarse exclusivamente en aquellas actividades que responden a sus intereses estratégicos. Como resultado de la operación, Disa Península adquiere el control de la red de estaciones de servicio en propiedad que Total España mantiene en la actualidad en el territorio nacional peninsular, así como el negocio de ventas mayoristas o directas, *extra-red*, de combustibles y carburantes de automoción de Total España en el mercado nacional peninsular.

Tras definir cinco mercados relevantes peninsulares (mercado relevante peninsular de estaciones de servicio; mercado relevante de ventas directas de gasolinas de automoción; mercado relevante de ventas directas de gasóleo A; mercado relevante de ventas directas de gasóleo B; mercado relevante de ventas directas de gasóleo C), la CNE procede a valorar los efectos de la operación concluyendo que no incide de manera negativa sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en dichos mercados.

Con relación a la operación de concentración consistente en la creación de una empresa en participación de plenas funciones controlada conjuntamente por «Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.» y «BP Oil España, S.A.U.», la CNE examina la creación de una empresa en participación de plenas funciones para actuar en el mercado de asistencia en tierra de combustibles y lubricantes de aviación en España peninsular y Baleares, analizando su incidencia en el mercado de almacenamiento de queroseno e igualmente su eventual efecto vertical en el mercado de suministro querosenos de aviación (aunque la empresa en común no tiene por objeto tales actividades), concluyendo que la existencia de un derecho de acceso de terceros garantiza en gran medida un funcionamiento del mercado en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, y descartando la probabilidad de que se puedan producir efectos de coordinación de las matrices comunes en relación con el funcionamiento de los mercados de suministro y almacenamiento de querosenos de aviación.

#### D. RETOS PENDIENTES

Existe un conjunto de retos pendientes en el proceso de liberalización del sector eléctrico, como la próxima desaparición del sistema tarifario, y su sustitución por las tarifas de último recurso, siendo de especial importancia que en tal tránsito la tarifa deje de configurarse como un elemento

distorsionador del desarrollo de la actividad liberalizada en el mercado minorista, a cuyo efecto habrían de incorporarse a la regulación aquellos mecanismos (sean cuales fueren éstos, como el incremento tarifario en toda su dimensión, o la traslación de determinados costes del sistema a otras partidas presupuestarias) que permitan que no se produzcan adicionales «déficit de tarifa».

No menos importante ha de ser continuar realizando una función de supervisión del funcionamiento tanto a corto como a medio y largo plazo del mercado mayorista, en su caso reflexionando sobre las diferentes modalidades de organización del tal mercado tanto al contado como a plazo, inspirándose para ello de los ejemplos que pueda ofrecer el Derecho comparado, a fin de permitir a la regulación (como contexto de marco de competencia regulada en el que el sector eléctrico se desenvuelve) propiciar el entorno más adecuado para el desarrollo de la competencia, en beneficio tanto de los competidores como en último término de los consumidores, y haciéndolo sin abandonar en ningún caso los principios económicos esenciales en los que se basa el funcionamiento de un mercado liberalizado.

La efectiva implantación de las medidas de separación funcional o de gestión previstas en la nueva Ley, así como la supervisión por los reguladores de su cabal cumplimiento por las empresas, es una actividad que va a ocupar igualmente el próximo quehacer tanto de regulados como de administraciones implicadas.

Por último, es probable que la configuración empresarial del sector eléctrico siga siendo objeto de modificaciones o incluso cambios más relevantes en el futuro próximo, y si ello ocurre las Autoridades de Competencia y el regulador sectorial habrán de ejercer sus respectivas funciones sobre tales operaciones, integrando tanto consideraciones de defensa de la competencia como consideraciones respecto a su incidencia sobre las actividades reguladas y el objetivo de garantía de suministro, respetando en todo caso en el ejercicio de tales funciones la primacía que sobre el ordenamiento nacional representa el ordenamiento comunitario europeo.





SEGUNDA PARTE

COMENTARIOS  
DE RESOLUCIONES  
Y SENTENCIAS





# PRIVATE ACTIONS FOR BREACHES OF COMPETITION LAW IN THE UK: THE COURTS' APPROACH AND THE OFT'S RECOMMENDATIONS

Natura GRÀCIA MALFEITO  
Abogado, Linklaters LLP, London

2007 proved to be a productive year in the sphere of private actions for breaches of UK and EU competition law in the UK. On the judicial arena, there were a few cases raising interesting issues ranging from requests for interim measures to the nature of remedies available under English law for breaches of competition law. In November 2007 the Office of Fair Trading (OFT) published a paper with recommendations to the English Government entitled «Private actions in competition law: effective redress for consumers and businesses» (the «OFT Paper»)<sup>1</sup>. The number of cases before the Courts has increased in recent years and the OFT, like the European Commission, recognises the advantages of having a dual system where public enforcement is complemented with private enforcement. The ultimate aim sought is to deter undertakings from engaging in anti-competitive conduct. However, as some of the cases described in this article will show, the interaction between public and private enforcement also has its own problem areas that will need to be resolved in order to have an effective competition enforcement system.

## 1. INTRODUCTION

Private actions for breaches of competition law in the UK can be in the form of i) follow-on actions and ii) stand alone actions. Follow on actions require the existence of a decision by a regulatory authority<sup>2</sup>. As to the form of relief sought, there are law-suits which are geared towards financial relief (in the form of damages, although as it will be explained further

---

<sup>1</sup> See copy of the paper at [http://www.offt.gov.uk/shared\\_offt/reports/comp\\_policy/oft916resp.pdf](http://www.offt.gov.uk/shared_offt/reports/comp_policy/oft916resp.pdf).

<sup>2</sup> The *Devenish* and *Emerson* cases described in sections 2 and 3 below arose from a previous European Commission decision for breaches of art. 81 of the EC Treaty and are therefore examples of follow-on actions.



below there is a limit to the type of damages that can be awarded) and non-financial relief (e.g. injunctions and declarations of invalidity of contracts)<sup>3</sup>.

Whilst there have been judgments dealing with substantive competition law issues<sup>4</sup> this Article focuses on «procedural» aspects decided by English courts in 2007<sup>5</sup>. It first looks at three cases involving requests for interim injunctions; then, it analyses a follow-on damages claim against a whistleblower that had not appealed the relevant Commission's decision before the CFI, appeal that is still pending at the time of writing; third, it outlines the type of damages recoverable under UK law in follow-on actions; finally, it provides a brief description of the key aspects of the OFT Paper.

## 2. INTERIM INJUNCTIONS: BALANCING RISKS

There were three cases involving requests for interim injunctions in response to alleged competition law breaches in 2007. In *AHH Pharmaceuticals*<sup>6</sup> the High Court of Justice (the «High Court» or the «Court») rejected the application for an interim injunction to prevent Pfizer from terminating its supply agreements with the claimants. *Software Cellular*<sup>7</sup> referred to an alleged refusal to supply access to a mobile phone network and the High Court granted an interim injunction to ensure access to the network pending trial. The third case, *Sandisk Corporation*<sup>8</sup> related to an abuse of dominance in a patent licence case.

### A. AHH PHARMACEUTICALS

In April 2005 Pfizer announced that it had decided to supply pharmacies and dispensing doctors with its prescription drugs through one or more

<sup>3</sup> Q. C. NICHOLAS GREEN, «Recent Experiences in the High Court», *Lawyers' Europe, Journal of the Law Society's European Group*, Autumn, 2007, p. 15.

<sup>4</sup> In this regard, *Attheraces Limited and Another v. The British Horseracing Board Limited and Another* [2007] ECC 7 (judgment of the English Court of Appeal, Civil Division, of 2 February 2007) dealt with an alleged abuse of a dominant position and excessive pricing. *English Welsh and Scottish Railway Ltd v. E.ON UK Plc* [2007] UKCLR 1653 (judgment of the High Court of Justice, of 23 March 2007) involved the declaration that a contract was void because one of its most important clauses breached competition law and therefore it could not be severed without affecting the essence of the contract. *Chester City Council v. Arriva Plc* [2007] EWCH 1373 (judgment of the High Court of Justice of 15 June 2007) involved an allegation of predatory pricing and abuse of dominant position.

<sup>5</sup> It covers decisions of courts in England and Wales and excludes Northern Irish and Scottish courts.

<sup>6</sup> *AHH Pharmaceuticals Ltd and Others v. Pfizer Ltd*, judgment of the High Court Chancery Division of 5 March 2007 [2007] EWHC 565 (Ch) («*AHH Pharmaceuticals*»).

<sup>7</sup> *Software Cellular network Limited v. T-Mobile (UK) Limited*, judgment of the High Court Chancery Division of 17 July 2007 [2007] EWHC 1790 (Ch) («*Software Cellular*»).

<sup>8</sup> *Sandisk Corporation v. Koninklijke Philips Electronics NV*, judgment of the High Court Chancery Division of 27 February 2007 [2007] EWHC 332 (Ch) («*Sandisk Corporation*»).

logistic services providers<sup>9</sup>. It invited tenders and after negotiations with a few shortlisted tenderers (including two of the claimants) it entered into an exclusive distribution agreement<sup>10</sup> with Unichem which was announced in September 2006. The new agreement with Unichem was to become effective on 5 March 2007. In November 2006, Pfizer's pharmaceutical wholesalers lodged complaints to the OFT alleging that the exclusive distribution agreement amounted to an abuse of Pfizer's dominant position and distorted competition in breach of the Treaty Establishing the European Community (the «EC Treaty») (Arts. 81 and 82) and the UK Competition Act 1998 (the «Competition Act») (sections 2 and 18)<sup>11</sup>. The complainants also invited the OFT to take interim measures to prevent implementation of the agreement pending the outcome of a full investigation<sup>12</sup>.

It appears that the OFT made some inquiries and interviews in order to decide whether the thresholds in section 25 of the Competition Act to open an investigation were satisfied (*i.e.* that there are reasonable grounds for suspecting an infringement of the competition rules). In February 2007 the OFT informed the claimants that they would not be in a position to reach a decision on whether to open an investigation, and therefore on whether to take interim measures by 5 March 2007.

On 27 February 2007, after the OFT had communicated that it would not reach a decision by 5 March 2007, AHH Pharmaceuticals and others brought an application before the High Court for injunctions to order Pfizer to continue supplying them pending trial.

### *Findings of the Court*

The hearing of the case took place on 2 March 2007 and the judge (RICHARDS J.) decided to reject AHH Pharmaceuticals' application noting the following:

- *Timing of application:* the claimants had delayed the application until the last minute and the defendants were therefore left with no time to respond fully to the claimants' very substantial evidence and to digest fully the factual and legal issues which arose in the case. The Court recognised that there are times when complex matters must be decided by the court very urgently. However, this was not

<sup>9</sup> The OFT carried out a market investigation into the distribution of medicines in the UK following pharmaceutical manufacturers' announcing changes in their distribution systems, including using fewer wholesalers. See market study issued in December 2007 with recommendations for the UK Government at <http://www.offt.gov.uk/news/press/2007/173-07>.

<sup>10</sup> Under the arrangement Pfizer retains ownership of the products until they are delivered to customers and therefore retains the economic risk (see para 20 of *AHH Pharmaceuticals* judgment).

<sup>11</sup> Also known as the Chapter I and Chapter II prohibitions.

<sup>12</sup> In order for the OFT to take interim measures under section 35 of the Competition Act it must believe that there are reasonable grounds to suspect an infringement of the competition rules and therefore have opened an investigation under section 25 of the Competition Act.



such a case and the judge noted that where a party wishes to apply to the High Court it should do so in good time<sup>13</sup>. It was irrelevant for the purposes of the injunction that the claimants had been waiting for the OFT to take some action. In its judgment, RICHARDS J. noted that the delay in bringing the application was «also a powerful factor against the grant of an injunction»<sup>14</sup>.

— *Test for mandatory orders under art. 82*: The judge noted that mandatory orders<sup>15</sup> may be more common in cases under art. 82 but considered that there were no reasons to adopt a different approach or apply a different test when assessing whether such orders should be granted. The judge then referred to the following principles<sup>16</sup>, cited in *Zockoll Group Limited v. Mercury Communications Limited*<sup>17</sup> when deciding upon the grant of a mandatory order:

- i) the overriding consideration is which course is likely to involve the least risk of injustice if it turns out to be wrong;
- ii) the court must keep in mind that an order requiring a party to take some positive step at an interlocutory stage (mandatory order) may carry greater risk of injustice if it turns out to have been wrongly made than an order which merely prohibits action, thereby preserving the *statu quo* (prohibitory order); and
- iii) where a mandatory order is sought, it is legitimate for the court to consider whether it feels that the plaintiff seeking such order will have a strong case or will be able to establish this right at trial; the more assurance the court has on the successfulness of the plaintiff's case the less likely the risk of injustice were the injunction to be granted would be (high degree of assurance).

— *The role of the OFT's assessment*: the defendants submitted that the court needed to take account of the OFT's approach. The judge noted that the OFT was not satisfied that there were reasonable grounds for suspecting an infringement of the relevant provisions of the Competition Act and the EC Treaty. However, RICHARDS J. indicated that whilst the court would be bound to take note of the OFT's approach it was not bound by it. Accordingly, were the Court satisfied that a strong case of infringement had been put before it then it should be guided by it. In the case at hand, in light of the short time available the court had not been able to form such a view<sup>18</sup>.

<sup>13</sup> *AHH Pharmaceuticals*, paras 46 and 47.

<sup>14</sup> *Ibid.*, para 76.

<sup>15</sup> The claimants had applied for an order following which Pfizer would continue to supply them with its prescription drugs (i.e. mandatory order). A mandatory order may be contrasted from a prohibitory order (i.e. an order preventing the defendant from doing something).

<sup>16</sup> *AHH Pharmaceuticals*, paras 49 and 50.

<sup>17</sup> [1998] FSR 354, a decision of the Court of Appeal. In particular, this judgment cited a few paragraphs from Chadwick J's judgment in *Nottingham Building Society v Eurodynamic Systems* [1993] FSR 468.

<sup>18</sup> *AHH Pharmaceuticals*, paras 61 and 62.

- *Balancing of risks*: the claimants accepted that the loss of profits on sales could be compensated by damages, however they were concerned that their inability to offer the full range of Pfizer's prescription drugs would result in smaller pharmacists and dispensing doctors switching to Unichem, Pfizer's appointed exclusive distributor. The court however considered that the disruption and reputational damage to Pfizer and Unichem likely to arise from an injunction at that stage were real and not readily capable of compensation. Applying the principles cited in *Zockol* the judge noted that he did not feel a high degree of assurance that the claimants would be able to establish their right to an injunction in trial and concluded that a refusal of an injunction was likely to involve the least risk of injustice<sup>19</sup>.

Apart from setting out the substantive test for an English judge to grant an interim injunction (mandatory or prohibitory) this judgment has two important implications. First, the OFT's views on the appropriateness of granting an interim measure are not binding on courts which will make their own risk assessment when deciding on an application for an interim injunction. Second, undertakings that take the administrative route by complaining to the OFT should consider the risk of delaying an application for interim measures to the courts until they receive a response/action from the OFT. Administrative bodies have their own internal decision making procedures and may not be up to the task of taking a view on time. This would be particularly relevant where the alleged anti-competitive conduct subject of the complaint has a «starting» date such as the termination of a supply agreement from a certain date, as it was the case in *AHH Pharmaceuticals*.

## B. SOFTWARE CELLULAR

Truphone wanted to launch a new mobile telephone service using a technology called Voice over Internet Protocol. The service would allow customers who already have a telephone service from a mobile network operator (MNO) to route calls over the internet thus resulting in potential reduction of costs. To use the Truphone service customers needed an additional telephone number («Truphone number») which had been allocated by the Office of Communications (OFCOM).

If Truphone customers were to receive calls on their Truphone number from those using the network of a MNO, the MNO had to first activate the Truphone numbers. T-Mobile (a MNO) refused to activate Truphone numbers.

Truphone applied for an interim order requiring T-Mobile to activate Truphone numbers as a matter of urgency (a mandatory order). It alleged

<sup>19</sup> *Ibid.*, para 75.



that T-Mobile's refusal amounted to an abuse of a dominant position and that without the interim order Truphone could not in fact launch the new service. All other MNOs had activated Truphone numbers.

### *Findings of the Court*

The court decided to grant the order sought by Truphone and based its conclusions upon the following considerations:

- *Market definition and dominance*: the judge noted that Truphone's market definition may have been too narrowly drawn and that T-Mobile's too widely drawn. T-Mobile argued that its refusal to activate numbers was due to its view that excessive termination charges<sup>20</sup> were proposed by Truphone. In response, Truphone was now willing, for the interim period, to proceed with the rates put forward by T-Mobile pending OFCOM's determination of appropriate rates<sup>21</sup>.
- *The adequacy of damages as a remedy*: the judge considered that any losses suffered by Truphone would be hard to quantify at trial. In particular, the effect of an interim order would be that T-Mobile would be doing what other MNOs were already doing, and with its proposed termination fees. On the other hand, there was no suggestion that damages would threaten T-Mobile's existence in contrast with the possible threat to Truphone's business if the injunction was not granted<sup>22</sup>.
- *Balance of risks*: the judge applied the same test referred to in *AHH Pharmaceuticals* and concluded that the risk of injustice were the interim orders refused outweighed the risk of injustice if they were granted: «(O)n the one side there is the risk of injustice to Truphone in the form of potential destruction of its viability as a business, and permanent damage to its time-critical attempt to introduce a new service based on technology that has been in development over several years. On the other side there is the risk of injustice to T-Mobile in the form of its being forced to do what all other MNOs are doing»<sup>23</sup>.
- *OFCOM's views*: as a final remark, the court referred to the fact that the matter was not brought before the regulator, OFCOM. Truphone's representative indicated that this had been due to the urgency of the matter and the fact that OFCOM has limited resources. Whilst the judge was satisfied that it was appropriate to bring the matter before the court, it also noted that OFCOM may have had views in particular given reference to some published OFCOM material had been made. The judge indicated that it would have been desirable to ascertain whether OFCOM had any relevant view

<sup>20</sup> Call termination charges are fees that MNOs pay to complete calls on other MNOs.

<sup>21</sup> *Software Cellular*, paras 20, 25 and 26.

<sup>22</sup> *Ibid.*, paras 34 and 36.

<sup>23</sup> *Ibid.*, para 49.

it wished to express or whether it was or was not in the process of updating existing published material<sup>24</sup>.

The claimants did not approach the regulator (in this case OFCOM) to resolve the dispute and they applied to the court in «good time» as opposed to *AHH Pharmaceuticals*. It is interesting to note the judge's final comment that it would have been desirable to have OFCOM's views during the judicial proceedings in contrast with RICHARDS J's statement in *AHH Pharmaceuticals* that the findings of the OFT were not binding or relevant to the Court's assessment. These two cases indicate the courts approach to competition authorities' and regulators' views. Whilst the courts may not be bound by those views, they would consider them when assessing the case before them.

Another important implication of *AHH Pharmaceuticals* and *Software Cellular* is the Court's confirmation that the test for mandatory orders does not differ from that of prohibitory orders and more specifically, that there is not a different test to be applied in art. 82/Chapter II cases.

### C. SANDISK CORPORATION

Sandisk is a US company that imports and sells unlicensed MP3 players into the European Union (EU). Patents for MP3 technology in Europe are granted by Società Italiana per lo Sviluppo Dell'elettronica S.p.a. (Sisvel). Sisvel offered Sandisk a licence for its imports into the EU and Sandisk refused it and brought an action in the UK patents court challenging the validity of the patents.

Sandisk brought proceedings in the High Court against Sisvel and four other defendants who own MP3 technology patents in Europe (none of which were UK companies) for abuse of dominant position and collusion. Sandisk also sought interim relief so it would have 14 days written notice before Sisvel commenced any action in relation to the patents.

#### *Findings of the Court*

The judge considered that it did not have jurisdiction to grant interim relief under art. 5.3 of the Brussels Regulation<sup>25</sup> which provides that matters relating to tort should be heard in the courts of the state where the harmful event occurred or may occur. The court concluded that it was not «best placed to be acquainted with and to understand the effects of the provisional and protective measures which are sought»<sup>26</sup>. Key to this conclusion was the fact that none of the defendants were UK companies.

<sup>24</sup> *Ibid.*, paras 60-62.

<sup>25</sup> Council Regulation (EC) No 44/2001 of 22 December 2000 on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters.

<sup>26</sup> *Sandisk Corporation*, para 51.



### 3. THE EMERSON ELECTRIC SAGA

*Emerson Electric*<sup>27</sup> dealt with the important issue of follow-on damages actions brought against cartelists that have not challenged a European Commission's (Commission) decision before the European Courts. In this case, the Court of First Instance of the EU (CFI) had not yet issued a judgment as to the application for annulment of the Commission's decision.

Whilst the Competition Appeal Tribunal (CAT)<sup>28</sup> focused on UK procedural rules, it referred to general principles of Community law and its conclusions may be relevant when defending a similar case in other Member States.

#### A. BACKGROUND

On 9 February 2007 Emerson Electric and others<sup>29</sup> (Emerson Claimants) brought a follow-on action for damages against Morgan Crucible Company plc (Morgan Crucible) before the CAT relying on the Commission's decision of 3 December 2003 (case C.38.359) regarding the electrical and mechanical carbon and graphite products cartel (the Decision)<sup>30</sup>. The Emerson Claimants were direct purchasers of electrical and mechanical carbon and graphite products.

The Decision, which was addressed to six undertakings<sup>31</sup>, has been challenged before the CFI by three of the addressees and the actions were yet to be determined at the time of the CAT's judgment. Morgan Crucible had been the whistleblower and was not party to the CFI proceedings. Under the Commission's leniency programme Morgan Crucible had received full immunity from fines for cooperating with the Commission's investigation.

The claimants had also brought actions in the United States (US)<sup>32</sup> and had entered into agreements with Morgan Crucible (the defendant) and

<sup>27</sup> *Emerson Electric Co and Others v. Morgan Crucible Company plc*, judgment of 17 October 2007 [2007] CAT 28 (the «*Emerson Electric*» case). See copy of the judgment at <http://www.catribunal.org.uk/documents/Jdg1077Emerson171007.pdf>.

<sup>28</sup> The CAT is a specialist court that deals with competition law and regulatory cases. It has jurisdiction to hear appeals against decisions of the OFT and other sectoral regulators with concurrent powers (but not to hear applications for judicial review). The CAT can also hear follow-on private actions for breaches of the competition rules but not standalone ones. The High Court has jurisdiction to hear both standalone and follow-on private actions for breaches of the competition rules.

<sup>29</sup> Emerson Electric Co, Valeo S.A., Robert Bosch GmbH, Visteon Corporation and Rockwell Automation.

<sup>30</sup> Decision 2004/420/EC of 3 December 2003 in Case No C.38.359. A non-confidential version of the full text of the decision can be found at <http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/cases/decisions/38359/en.pdf>.

<sup>31</sup> Schunk GmbH and Schunk Kohlenstofftechnik GmbH (together «Schunk»), SGL Carbon AG (SGL), Morgan Crucible, C. Conrady Nürnberg GmbH, Hoffmann & Co. Elektrokohle AG, and Le Carbone Lorraine S.A. (Carbone).

<sup>32</sup> In the US plaintiffs claiming damages for breaches of antitrust laws are entitled to treble damages which are reduced to single damages if the claim is against a leniency applicant that cooperates with the plaintiffs.

Schunk and SGL<sup>33</sup> (the proposed defendants) in relation to matters outside the scope of the US class action. Morgan Crucible and the Emerson Claimants entered into a settlement agreement on 11 February 2006 which stated that the time limit for bringing damages actions not connected to the US was extended by one year.

## B. THE ISSUES DECIDED BY THE CAT

The following issues were to be decided by the CAT:

- i) Whether the time for the purposes of the time limit in Rule 31 of *The Competition Appeal Tribunal Rules 2003* (S.I. 2003, No 1372) (the «CAT's Rules») for making a follow-on claim for damages under section 47A of the Competition Act had begun to run.
- ii) Whether it is possible for the parties to extend the time period in Rule 31 of the CAT's Rules for bringing a follow-on claim for damages by virtue of an agreement between them.
- iii) Whether the CAT may grant an extension of time after the time limit in Rule 31 has expired.

It should be noted at the outset that the CAT decided that for the purposes of Rule 31 time had not begun to run and accordingly it did not need to proceed to an analysis and conclusion on issues ii) and iii). However, the CAT chose to give judgment on these issues based on the hypothesis that time for bringing an action had started to run. Whilst this was not necessary it had the effect of providing some legal certainty to undertakings and their advisers were they to face these issues in the future.

### a) *Issue 1: the situation of cartelists who have not challenged a decision before the European Courts*

Under section 47A of the Competition Act follow-on monetary claims for breaches of the competition rules<sup>34</sup> may be brought before the CAT.

Rule 31 of the CAT's Rules establishes that a claim for damages must be made within a period of two years beginning with the «relevant date». This Rule cross refers to sections 47A(7) and (8) of the Competition Act which outline the possible «relevant dates». In general, the «relevant date» will be the date when the time limit to appeal a decision has expired or, if an appeal has been brought, the date when those proceedings are determined<sup>35</sup>. If the

<sup>33</sup> No settlement agreement was entered into with Carbone, the third proposed defendant.

<sup>34</sup> In particular, the Chapter I prohibition (anticompetitive agreements), the Chapter II prohibition (abuse of dominance), the prohibition in arts. 81.1 and 82 of the EC Treaty and the prohibitions in arts. 65.1 and 66.7 of the Treaty establishing the European Coal and Steel Community.

<sup>35</sup> Section 47A (7) (8) of the Competition Act contain similar provisions for UK and EC decisions. See para 43 of the CAT's judgment for details of these sections.



«relevant date» has not yet materialized, then under section Rule 31(3) the CAT may give permission for a follow-on claim to be brought before it<sup>36</sup>.

According to these rules, the two year period for bringing a claim for damages before the CAT would not begin to run where an action for annulment of the relevant decision is pending before the CFI. Where time has not begun to run then permission from the CAT is required<sup>37</sup>.

The interesting issue in this case was that whilst some of the addressees of the Decision had brought an action before the CFI, Morgan Crucible had not. Accordingly, the CAT had to decide whether time had begun to run in relation to Morgan Crucible for the purposes of the two years time limit. The Emerson Claimants argued that because Morgan Crucible had not challenged the Decision it had become binding on it as a matter of EC law and therefore that they did not need permission from the CAT to bring a claim against Morgan Crucible. In particular, the claimants relied on *TWD Testilwerke Degendorf v. Germany*<sup>38</sup> to support their argument that a decision adopted by a Community institution which has not been challenged by its addressee within the time limit laid down by the fifth paragraph of art. 230 of the EC Treaty<sup>39</sup> becomes definitive as against that person<sup>40</sup>. They also referred to *Commission v. AssiDöman Kraft Products AB*<sup>41</sup> to support the view that unchallenged aspects of a decision concerning other addressees do not form part of the matter to be tried by the European Courts and that the annulment of the Decision would have no effect on the Decision in relation to Morgan Crucible; accordingly, they argued, the reference to «decision» in section 47A(8) was not to the whole of a Commission's decision but to only the part which is subject of appeal before the European Courts.

Despite the claimants' arguments, the CAT concluded that time had not begun to run, even if the claim was brought against an addressee of the Decision who was not party to the CFI proceedings:

- The CAT first looked at the plain meaning of sections 47A(5) and 47A(8) having regard to principles of Community law and the overall structure and purpose of the Competition Act. It concluded that «the phrase «if any such [EC] proceedings are instituted» in subsection (8) clearly indicates that as long as «any» proceedings have been brought in the European Court, permission of the Tribunal is required to bring a monetary claim under section 47A»<sup>42</sup>.

<sup>36</sup> See further section 3.C below.

<sup>37</sup> *Emerson Electric*, para 49. Also see section 47A(5) of the Competition Act which specifically states that the CAT's permission is required to bring a monetary claim during any period specified in sections 47A(7) and (8).

<sup>38</sup> Case C-188/92 *TWD Testilwerke Degendorf v. Germany* [1994] ECR I-833, para 13.

<sup>39</sup> Art. 230 establishes the time limits for bringing an action against a Commission decision before the European Courts.

<sup>40</sup> *Emerson Electric*, paras 52 and 54.

<sup>41</sup> Case C-310/97 P *Commission v. AssiDöman Kraft Products AB* [1999] ECR 5363, paras 51-53.

<sup>42</sup> *Emerson Electric*, para 64.

- In the CAT's judgment, while EC proceedings were pending, the Emerson Claimants would require permission to commence UK proceedings for damages before the CAT even in respect of an addressee that was not part of the EC proceedings<sup>43</sup>.
- Finally, in response to the claimants' argument that the word «decision» in section 47A(8) must refer to the part of a decision which is subject of appeal before the European Courts, the CAT noted that the word «decision» could not be given such a restrictive meaning. It went on to state that when the European Court of Justice (ECJ) stated the principles relied on by the Emerson Claimants it was considering the scope of art. 230 EC Treaty and not the true construction of section 47A of the Competition Act<sup>44</sup>.

Whilst one can see why the CAT adopted this line of reasoning, there is still a degree of uncertainty both in EC and UK law as to what the position would be where a decision is only challenged on quantum. The CAT touched upon this issue when deciding whether to grant permission to the Emerson Claimants to bring a damages claim against the other proposed defendants before the period in Rule 31(1) had begun to run (see further section C below). However, the question as to whether a challenge limited to the level of fines would render a Commission decision as definitive on liability and therefore time could start to run for the purposes of the time limit in Rule 31 remains unanswered. At the time of writing this article there is a case before the CAT where this issue is due to be decided as a preliminary matter (in the *BCL II* case)<sup>45</sup>.

b) *Issue 2: parties cannot extend the statutory time limits for bringing damages actions*

The second question the CAT looked at was whether in the event the time for bringing an action had started to run, the parties could by mutual agreement extend the «statutory» time limit. If the time had begun to run then following Rule 31 of the CAT's Rules the Emerson Claimants would

<sup>43</sup> *Ibid.*, para 66.

<sup>44</sup> *Ibid.*, para 71.

<sup>45</sup> This is a damages claim brought by BCL Old Co Limited and others against BASF and others for their involvement in the vitamins cartel (Decision of the Commission 2003/2/EC of 21 November 2001). The decision was challenged by BASF in respect of the level of fines and a judgment was issued on 15 March 2006. BASF's application was summarised by the CFI in para 29: BASF «fully and unreservedly admits its involvement in the infringements relating to vitamins [...] and acknowledges the seriousness of those infringements. However, it observes that the Decision is unprecedented in terms of the severity of the fines imposed and represents a very radical shift in Commission enforcement policy». BCL brought a damages claim before the CAT on 13 March 2008, within two years of the CFI's judgment. However, since the defendants did not challenge the Decision on liability one could argue that the two years limitation period in Rule 31 started to run when the time limit to appeal the decision on liability expired. A hearing on this preliminary issue is scheduled for 7 July 2008. See [http://www.catribunal.org.uk/documents/ClaimBCL1098\\_080408.pdf](http://www.catribunal.org.uk/documents/ClaimBCL1098_080408.pdf) and [http://www.catribunal.org.uk/documents/Order\\_1098\\_BCL\\_160508.pdf](http://www.catribunal.org.uk/documents/Order_1098_BCL_160508.pdf).



have been barred from bringing a monetary claim before the CAT on 14 February 2006, two years after the time limit for commencing proceedings against the Decision had expired. By virtue of the settlement agreement entered into on 11 February 2006 within the context of the US proceedings, the parties had agreed to extend statutory limitation periods for twelve months<sup>46</sup>, therefore until 11 February 2007. It should be recalled that the claim was registered at the CAT on 9 February 2007.

The Emerson Claimants argued that the settlement agreement was fully effective and that the question as to whether the CAT would hear a case after the expiry of the time limit in Rule 31 was procedural rather than jurisdictional. In this regard they noted that paragraph 11 of Schedule 4, Part 2, of the Enterprise Act 2002<sup>47</sup> (EA) is permissive rather than preclusive and «it does not say that the Tribunal shall not entertain proceedings unless they are commenced within the time period provided in the Tribunal's Rules»<sup>48</sup>. The Emerson Claimants submitted that the jurisdictional or procedural nature of a time limit is a question of construction. If the time limit in Rule 31 was a procedural issue, the claim itself would still be in existence even if the remedy was barred<sup>49</sup>.

The CAT concluded that the parties could not extend the limitation period in Rule 31 by means of a mutual agreement. In particular, it noted the following:

- If time had begun to run on 14 February 2004, the claim before the CAT would be time-barred. However, this would not bar the Emerson Claimants from bringing proceedings before the High Court<sup>50</sup>.
- The statutory provisions in Schedule 4 of the EA provide the CAT with its jurisdiction to hear claims and the wording in Rule 31 is clearly mandatory in nature and «it is not open to the parties to try

<sup>46</sup> *Emerson Electric*, para 96.

<sup>47</sup> This schedule establishes that the CAT's Rules may make provision as to the period within which and the manner in which proceedings are to be brought and in particular «provide for time limits for making claims to which section 47A of the Competition Act applies in proceedings under section 47A or 47B.

<sup>48</sup> *Emerson Electric*, para 82.

<sup>49</sup> *Ibid.*, para 81. See paras 84-86 for quotes of case law and authorities in support of time limits being jurisdictional rather than procedural.

<sup>50</sup> As mentioned in footnote 27, the High Court can hear both stand alone and follow-on actions for breaches of the competition rules. These actions can be brought under the tort of breach of statutory duty. The limitation period for such claims is six years from the date when the cause of action accrued (section 2 of the Limitation Act 1980). It should however be noted that Sir Christopher Bellamy, former president of the CAT, in the first damages claim to come before the CAT questioned whether «claims arising from infringement of the 1998 Act, or of Community Law are strictly speaking in the nature of damages in a way analogous to an action for tort or whether they can be looked at in some other way, for example, as some kind of claim that could perhaps go under the general heading of «unjust enrichment» - unjust enrichment in the sense of a defendant who has made an undue or «secret» profit, as a result of breaking the law». See *BCL Old Co Ltd v. Aventis and Deans Foods v. Roche Products Limited* case no's 1028/5/7/04 & 1029/5/7/04, transcript of hearing of 26 July 2004 at <http://www.catribunal.org.uk/documents/Tran1028BCL260704.pdf>.

to fix their own limitation period». The CAT referred to its judgment in *BCL v. Aventis*<sup>51</sup> and considered that the authorities concerning limitation periods in tort actions (Limitation Act 1980) were not relevant to a claim brought under section 47A given the different and distinct statutory framework<sup>52</sup>.

c) *Issue 3: the CAT can extend the time limit for bringing a damages or monetary claim after expiry of the statutory time limit*

Rule 19(2)(i) of the CAT's Rules (under the heading «Case Management») establishes that the CAT may give directions «as to the abridgement or extension of any time limits, whether or not expired». The third issue to be decided by the CAT was whether this Rule allowed the CAT to extend the time limit in Rule 31.

Morgan Crucible argued that Rule 19 headed «Case Management» made clear that it applied to the «conduct of proceedings», *i.e.* proceedings that are already on foot. Accordingly, the powers under Rule 19 were case management powers aimed at determining cases properly before the CAT and had «no bearing on the statutory requirements that must be satisfied for validly commencing a claim for damages before the Tribunal»<sup>53</sup>.

The CAT rejected Morgan Crucible's submissions noting that the words «Case Management» covered all matters arising from the time that a claim is sent to the CAT's Registry and therefore that the heading did not narrow the scope of the powers under Rule 19. Accordingly, the CAT concluded that by virtue of its power under Rule 19(2)(i) it has jurisdiction to grant an extension of the time limit provided for in Rule 31 in circumstances where such time limit would otherwise have expired<sup>54</sup>.

### C. THE AFTERMATH

As explained above (issue 1), the CAT decided that the time for bringing a follow-on action had not begun to run. In these circumstances, Rule 31(3) of the CAT's Rules provides that the CAT may give permission for a claim to be brought before the end of the period specified in section 47A(7) and (8) of the Competition Act (*i.e.* before the «relevant date»). Accordingly, the next step was to consider whether the Emerson Claimants should be given permission to bring the UK proceedings before the statutory limitation period had begun to run.

<sup>51</sup> *BCL Old Co Ltd & Ors v Aventis SA & Ors* [2005] CAT 1.

<sup>52</sup> *Emerson Electric*, paras 104 to 107.

<sup>53</sup> *Ibid.*, paras 119 to 121.

<sup>54</sup> *Ibid.*, paras 127, 128 and 134.



The Emerson Claimants made two applications<sup>55</sup> for permission to bring damages actions: one against Morgan Crucible and the other against the proposed defendants who had challenged the Decision before the CFI.

- *Permission against Morgan Crucible (16 November 2007)*: the CAT granted the Emerson Claimants permission under Rule 31(3) on the basis that there was «an enhanced risk [...] that the Morgan Crucible documents will not be available at trial»<sup>56</sup>. Morgan Crucible was not prepared to give pre-action disclosure or an undertaking as to the preservation of the documents that would satisfy the Emerson Claimants<sup>57</sup>. The CAT, as confirmed in its permission judgment regarding the other defendants, granted permission on the basis that Morgan Crucible's documents could be unavailable at trial given Morgan Crucible's track record regarding destruction of documents and its negative approach to pre-action disclosure<sup>58</sup>.
- *Permission against other defendants (28 April 2008)*: the CAT refused the application on the basis that there was not enough evidence to suggest that a delay in bringing the monetary claim would result in justice not being properly done. The CAT noted that the provisions on permission are the exception rather than the rule and it distinguished the case from the permission against Morgan Crucible in that there was no substantial evidence of particular prejudice other than the normal difficulties of proof<sup>59</sup>. The CAT also considered whether permission could be granted on the basis that the appeals against the Decision only challenged the level of fines. It noted that the defendants were seeking not only a reduction in the fine but also the annulment of the Decision and that there is not a «general rule that permission should be given to initiate a damages claim whenever an appeal against an infringement decision is only as to the level of the fine»<sup>60</sup>.

---

<sup>55</sup> The CAT decided this in two separate judgments. One concerned permission for bringing an action against Morgan Crucible and the other concerned permission for bringing a damages action against the other addressees of the Decision who had challenged it before the CFI. Permission was granted against Morgan Crucible and rejected against the other defendants in judgments of the CAT dated 16 November 2007 [2007] CAT 30 and 28 April 2008 [2008] CAT 8, respectively. See <http://www.catribunal.org.uk/documents/Emerson1077Jdg161107.pdf> and <http://www.catribunal.org.uk/documents/Jdg1077Emerson280408.pdf>.

<sup>56</sup> Para 14 of 16 November 2007 judgment.

<sup>57</sup> Under the UK civil procedure rules (CPR 31) the courts will issue an order for disclosure to the parties. This means that parties must disclose all documents on which they rely, that adversely affect their own case, that adversely affect another party's case and that supports another party's case. Privileged documents are excluded from this disclosure obligation. In essence, documents must be disclosed regardless of the fact that they may be helpful or unhelpful to the case of the party disclosing them. Sometimes the court may order pre-action disclosure.

<sup>58</sup> Para 25 of 28 April 2008 judgment.

<sup>59</sup> Paras 77 and 83 of 28 April 2008 judgment.

<sup>60</sup> Paras 87 to 89 of 28 April 2008 judgment. However, see footnote 45.

#### 4. REMEDIES AVAILABLE IN FOLLOW-ON ACTIONS: THE SITUATION POST DEVENISH

*Devenish*<sup>61</sup> clarified the different types of damages available under UK law in follow-on actions for breaches of art. 81 EC Treaty (and arguably, art. 82 and sections 2 and 18 of the Competition Act). The case arose out of the Commission's decision of 21 November 2001 (case C.37.512) regarding the «vitamins» cartel<sup>62</sup>. The claimants included both direct and indirect purchasers of vitamins. Direct purchasers mixed vitamins with foodstuff which was sold to third parties and would presumably have passed on any price increases to its customers. The High Court judge (LEWISON J.) analysed whether the case would be suitable for compensatory, exemplary and/or restitutionary damages<sup>63</sup>. This is a landmark case given «it is the first time that an English court has considered the availability of different remedies in response to a breach of art. 81»<sup>64</sup>.

LEWISON J. defined the various types of damages before entering into a detailed analysis of their suitability in the circumstances of the case<sup>65</sup>:

- *Compensatory damages*: damages which compensate a claimant for loss suffered as a result of a wrongdoing.
- *User damages*: damages assessed by reference to the fair price for what has been taken from the claimant<sup>66</sup>.
- *Exemplary damages*: damages additional to an award which fully compensates the claimant for his loss, and which are intended to punish and deter.
- *Restitutionary damages*: an award of money assessed by reference to the wrongdoer's gain rather than by reference to the victim's loss.

In summary, the Court concluded that only compensatory damages were available in this case. Whilst exemplary damages may be possible under English law, the fact that the defendants had already been imposed fines by the Commission was held to have the same deterrence effect that otherwise exemplary damages may provide. Finally, the Court concluded that as a matter of law restitutionary damages were not available in competition cases<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> *Devenish Nutrition Ltd and Others v Sanofi-Aventis S.A. and Others* [2007] EWHC 2394 (Ch) («*Devenish*»). Judgment was handed down on 19 October 2007.

<sup>62</sup> Decision 2003/2/EC of 21 November 2001 in case C. 37.512 relating to a proceeding pursuant to art. 81 of the EC Treaty and art. 53 of the EEA Agreement. See full text (non-confidential) at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:006:00 01:0089:EN:PDF>.

<sup>63</sup> *Devenish* was a judgment on the preliminary question of damages available under UK law in a follow-on action for breaches of art. 81 of the EC Treaty.

<sup>64</sup> Tony SINGLA, «The Remedies (Not) Available for Breaches of art. 81 EC», *ECLR*, 2008, 29(3), p. 201.

<sup>65</sup> *Devenish*, para 14.

<sup>66</sup> These are not addressed extensively in the judgment and are therefore not included in this paper. LEWISON J. indicates that user damages are still compensatory, see para 26.

<sup>67</sup> *Devenish*, para 108.



LEWISON J's judgment is under appeal before the Court of Appeal on the restitutionary damages point. It is important to note that if restitutionary damages had been awarded, the fact that some of the claimants were direct purchasers of vitamins and therefore may have been able to pass on any losses resulting from the cartel to their customers would be irrelevant. From a strategic point of view, and given the possibility of passing on losses, the claimants argued that restitutionary damages should be awarded, i.e. that the defendants should not be able to gain from the wrongdoing.

#### A. COMPENSATORY DAMAGES

The methodology for assessing compensatory damages consists of looking at the amount of profit lost by the claimant and make any adjustments «in order to arrive at the net amount of compensation required to put the claimant in the position in which it would have been if there had been no cartels»<sup>68</sup>.

The claimants argued that difficulty of proof made the case more suitable for exemplary damages and a restitutionary award. They referred to the fact that the cartel was secret and the infringements may have lasted for longer than found by the Commission. The Court identified that these difficulties were not factual but rather evidential, *i.e.* «it may be difficult to prove to the satisfaction of the court the facts that do exist, or would have existed in the “no cartel” world». Then LEWISON J. considered whether evidential difficulties of proof were an insuperable barrier to effective compensation<sup>69</sup>.

From a domestic law perspective, LEWISON J. concluded that «an award of general damages is regarded as sufficient to provide adequate compensatory damages [...] even where, at least in theory, the damages could have been the subject of more precise quantification». Accordingly, evidential difficulties of exact proof were not insuperable to grant effective compensation<sup>70</sup>.

#### B. EXEMPLARY (OR PUNITIVE) DAMAGES

LEWISON J. first looked at whether the principle of effectiveness meant that exemplary or punitive damages were necessary in order to provide effective compensation under Community law. Within the EU, an award of exemplary damages «is only known in the jurisdictions of England and Wales, Cyprus and Ireland». In other member states it is unknown and in some even contrary to public policy (*e.g.* Germany). The ECJ has recognised that the possibility of awarding punitive damages, in the absence of Community rules governing the matter, is for the domestic legal system<sup>71</sup>.

<sup>68</sup> *Ibid.*, para 20.

<sup>69</sup> *Ibid.*, para 23.

<sup>70</sup> *Ibid.*, paras 31 and 32.

<sup>71</sup> *Ibid.*, paras 33-35. See also Case C-295/04 *Manfredi v. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA* [2006] ECR I-6619, paras 92 and 93.

LEWISON J. then noted that an award of exemplary or punitive damages is an aspect of the principle of equivalence rather than of effectiveness. Otherwise, those member States where exemplary damages are not recognised would be automatically in breach of the principle of effectiveness.

The defendants did not question the principles of equivalence and effectiveness but argued that there were two other community principles which prevented an award of exemplary damages in that case: *i) non bis in idem* and *ii) allocation of responsibility between national court and competition authorities*. LEWISON J. agreed with these arguments which precluded the award of exemplary damages before getting into an analysis of the principle of equivalence, *i.e.* whether under domestic law, and considering the circumstances of the case, exemplary damages were available. The Court concluded that exemplary damages were not a remedy available in the circumstances of the case for the reasons set out below.

a) *Principle of non bis in idem*

«[t]he principle of *ne bis in idem* prohibits the same person from being sanctioned more than once for the same unlawful conduct in order to protect one and the same legal interest. The application of that principle is subject to three cumulative conditions: the identity of the facts, the unity of the offender and the unity of legal interest protected»<sup>72</sup>.

LEWISON J. concluded that the principle of *non bis in idem* precluded the award of exemplary damages because the three cumulative conditions were met<sup>73</sup>:

— *Identity of facts*. The facts relied on by the claimants were the same as those found by the Commission. However, one claimant argued that even if the facts found by the Commission were sufficient to find liability for compensatory damages there were additional facts that had to be proved in order to find liability for exemplary damages. In particular, that claimant referred to the fact that the wrongful actions had been carried out «in the knowledge of and wilful disregard of the Claimant's rights [...] Such wrongful actions are properly such as to evoke a sense of outrage»<sup>74</sup>.

The Court concluded that the finding by the Commission that the infringements were «deliberate» and carried out with full knowledge of their illegality was the «same as a finding that the tort was carried out in the knowledge of and in wilful disregard of the Claimant's rights» and that the sense of outrage was not an inde-

<sup>72</sup> *Devenish*, para 41. Quote from Case T-59/02 *Archer Daniels Midland Co v. Commission* [2006] ECR II-3627.

<sup>73</sup> *Devenish*, para 52.

<sup>74</sup> *Ibid.*, para 42.



pendent fact. On this basis, LEWISON J. considered that there was identity of facts.

- *Identity of offenders.* One of the claimants argued that there was not identity of persons because one of the defendants was not a person to whom the Decision was addressed. The Court dismissed this argument on the basis that in its Particulars of Claim<sup>75</sup> the claimant had alleged *i*) that all defendants were bound by the Commission decision, and *ii*) that the defendant in question was part of Hoffman-La Roche to whom the decision had been addressed. There was therefore identity of persons<sup>76</sup>.
- *Identity of legal interest.* One of the claimants argued that the fines imposed by the Commission and an award of exemplary damages have different objectives<sup>77</sup>. LEWISON J. considered that part of a fine's purpose is deterrence and pointed out that the «the purpose of exemplary damages is also to punish and deter»<sup>78</sup>. Accordingly, he concluded that in antitrust cases the imposition of fines and an award of exemplary damages serve the same aim: to punish and deter anti-competitive behaviour.

The same claimant also alleged that Aventis' fine had been commuted to zero as a result of the application of the Leniency Notice (whistleblower) and therefore it had not been sanctioned for the unlawful conduct. LEWISON J. noted that the policy aim of the Leniency Notice, which is to encourage whistleblowers, is of more importance than to punish participants in a cartel. A national court should not undermine the leniency policy and it would be wrong if a «more guilty wrongdoer» could escape liability for exemplary damages while a less guilty wrongdoer who has had its fine commuted would not<sup>79</sup>.

This conclusion is welcome: if whistleblowers or undertakings subject to leniency reductions were to be punished further before the national courts via an award of exemplary damages (in the absence of a fine or where such fine has been reduced) this could have the effect of discouraging «guilty» undertakings from coming forward before the Commission and disclose details of infringements of art. 81. Undertakings involved in unlawful conduct would think twice before cooperating with the authorities if they were at risk of being imposed exemplary damages by national courts for deterrence where the Commission has decided to commute their fine to zero.

<sup>75</sup> In English Civil procedure, this is the document setting out the arguments and facts which support a claim. It would be the equivalent to the pleadings under art. 399 of the Spanish Civil Procedure Act (Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil), i.e. the so-called «demanda».

<sup>76</sup> *Devenish*, para 45.

<sup>77</sup> *Ibid.*, para 46.

<sup>78</sup> *Ibid.*, para 43. LEWISON J. quotes parts of Lord Nicholls' opinion in the House of Lord's judgment in *Kuddus v. Chief Constable of Leicestershire* [2002] 2 A.C. 122; [2001] UKHL 29, para 51. See text of the judgment at <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200001/ldjudgmt/id010607/kuddus-1.htm>.

<sup>79</sup> *Ibid.*, para 51.

Whilst awarding exemplary damages can serve the important aim of encouraging private litigation and thus reducing the investigative burden on public authorities<sup>80</sup>, it is important that the interaction between public and private enforcement does not result in a perverse result where undertakings are punished twice or have no incentives to disclose details of their conduct for fear of extensive damages awards.

At this point one could question what would happen in cases where there has not been a previous Commission decision with findings on liability and imposing fines. If an English court were to award exemplary damages in such a case, would this mean that the Commission would be precluded from investigating and imposing fines to the undertakings in question? This question was posed during the hearing in *Devenish* but remained unanswered in the judgment<sup>81</sup>. In principle, art. 16 of Regulation 1/2003 would not prevent a national court from ruling on a breach of art. 81 where the Commission has not started an investigation into that infringement. However, could the Commission «top up» any exemplary damages award with an additional fine if it believed that punitive damages awarded by an English court were insufficient to achieve deterrence? The principle of *non bis in idem* is a Community principle<sup>82</sup> and therefore binding not only on national courts but also on Community institutions including the Commission. It is unfortunate that LEWISON J. did not provide more guidance on this and it will be interesting to see future developments in this area<sup>83</sup>.

#### b) *Allocation of responsibility between the national court and competition authorities*

One of the defendants argued that under art. 16 of the Modernisation Regulation<sup>84</sup> a national court could not take decisions which would run counter to a decision adopted by the Commission. If exemplary damages were to be awarded that could only be because the national court had con-

<sup>80</sup> See Tony SINGLA's article at footnote 63, p. 203.

<sup>81</sup> *Ibid.*, p. 204.

<sup>82</sup> Art. 4 of Protocol No 7 to the Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

<sup>83</sup> The ECJ has looked at whether fines imposed in the United States would preclude the Commission from imposing fines on the basis of the principle of *non bis in idem*. In C-328/05 P *SGL Carbon v. Commission*, judgment of 10 May 2007 [2007] ECR I-03921 (paras 24-35), the ECJ held that this principle «does not apply to situations in which the legal systems and competition authorities of non-member States intervene within their own jurisdiction». The Court noted that the Commission imposes fines with a view to protecting competition within the common market and because of «the specific nature of the legal interests protected at Community level, the Commission's assessment pursuant to its relevant powers may diverge considerably from those by authorities of non-member States». However, Member States would presumably protect the same legal interest as the Commission.

<sup>84</sup> Council Regulation (EC) No 1/2003, of 16 December 2002, on the implementation of the rules on competition laid down in arts. 81 and 82 of the Treaty. See art. 16.



cluded that the fines imposed by the Commission (including commuted or reduced fines) were insufficient to punish and deter<sup>85</sup>. This argument was similar to the one run in relation to the identity of legal interests protected in that it questioned to what extent Commission decisions could be «complemented» by the national court. One of the claimants argued that the fines imposed by the Commission were indeed insufficient.

LEWISON J. agreed with the defendant and concluded that the national court is not in a position to reach a conclusion that the fines were insufficient because such a conclusion «would «run counter» to the decision already adopted by the Commission»<sup>86</sup>.

### c) *Domestic law*

In order to determine whether an exemplary award of damages was available under domestic law the Court considered that the case was one for which exemplary damages may be awarded according to applicable case law<sup>87</sup> but noted that the award of exemplary damages is discretionary and such discretion must be cautiously exercised<sup>88</sup>.

LEWISON J. concluded that under the circumstances of the case and the principle of double jeopardy recognised by English law exemplary damages were not available as a matter of English domestic law and would therefore not be awarded at trial. In particular, LEWISON J. based its decision on the danger of double counting (principle of double jeopardy), the fact that the claimants were only part of the class affected by the infringements (and hence the difficulty of awarding exemplary damages to only a few «victims») and the scale of the fines imposed by the Commission<sup>89</sup>.

The Court recognised that within its discretion to award exemplary damages for breaches of Community law, it should be wary of granting a remedy which is potentially unavailable in most member states and which would decrease the move towards uniformity<sup>90</sup>.

## C. RESTITUTIONARY DAMAGES

LEWISON J. also rejected restitutionary damages on the basis that restitutionary damages are not readily available in all cases of breach of contract or tort and held that they are not available in an antitrust case<sup>91</sup>. In addition,

<sup>85</sup> *Devenish*, para 54.

<sup>86</sup> *Id.*

<sup>87</sup> *Ibid.*, para 56.

<sup>88</sup> *Ibid.*, para 57.

<sup>89</sup> *Ibid.*, para 69.

<sup>90</sup> *Ibid.*, para 68.

<sup>91</sup> *Ibid.*, para 108.

under English law restitutionary damages are generally available only where claimants are unable to prove financial loss and therefore compensatory damages could not be adequate<sup>92</sup>. The only torts which ground a restitutionary claim are those involving some infringement of a claimant's proprietary or possessory title, such as trespass to goods or land<sup>93</sup>.

An account of profits would have led the claimants to «the recovery of all of the profits earned by the vitamins manufacturers from the sale to the claimant purchasers»<sup>94</sup>. LEWISON J. made a few interesting points as to why an account of profits would not be adequate in this case. First, as mentioned above, compensatory damages were available and adequate. Even if they were not, the conclusion would not differ. The judge considered the following factors to decide that an account of profits was not available: the claimants included both direct and indirect purchasers and some of them (in particular indirect purchasers) may have been able to pass on any losses suffered to their customers; all defendants had already been fined and to not take those fines into account would be double punishment; the inquiry required in order to calculate the profits would have a large scale (e.g. the defendants were multinational companies with activities in many jurisdictions)<sup>95</sup>.

After *Devenish* it is clear that restitutionary damages are not available in antitrust cases (although this may change once the case is heard before the Court of Appeal). Exemplary damages are not available in follow-on actions but may be available in standalone actions. Compensatory damages will always be available. One criticism to the judge's conclusions is that all these distinctions of different damages do not improve harmonisation of different justice systems within the EU and are «potentially discriminatory as litigants in each Member State are treated differently»<sup>96</sup>.

## 5. THE OFT'S RECOMMENDATIONS

In November 2007, the OFT published a paper with recommendations for the UK government on private actions. The focus of the OFT Paper is to create an effective system of competition law enforcement which combines both public and private enforcement but without creating a «US style litigation culture»<sup>97</sup>. This interaction is important since the OFT does not have enough resources to pursue all breaches of competition law and must prioritise amongst different cases<sup>98</sup>.

<sup>92</sup> Arundel MCDUGALL and Alexandra VERZARIU, «Vitamins Litigation: Unavailability of Exemplary Damages, Restitutionary Damages and Account of Profits in Private Competition Law Claims», *ECLR*, 2008, 29(3), 181-184, p. 183. See *Devenish*, para 93.

<sup>93</sup> See footnote 63, p. 204.

<sup>94</sup> *Id.*

<sup>95</sup> *Devenish*, paras 112-117.

<sup>96</sup> See footnote 92, p. 184.

<sup>97</sup> OFT Paper, paras 7.20 *et seq.*

<sup>98</sup> From time to time the OFT publishes its prioritisation criteria to take on Competition Act/arts. 81 and 82 cases. These criteria do not apply to mergers. In September 2007 the OFT consul-



The OFT's main recommendations can be summarised as follows<sup>99</sup>:

- Allow representative bodies to bring standalone representative actions for damages and applications for injunctions on behalf of consumers and businesses.
- Introduction of conditional fees agreements<sup>100</sup> in representative actions which allow for an increase of greater than 100 per 100 of lawyers' fees for a successful case, subject to judicial supervision of the funding arrangement. This would incentivise lawyers to take on cases as the losing party would have to pay up to 100 per 100 uplift in the successful party lawyers' fees and any greater percentage may be recovered from the damages awarded.
- Cost protection: codifying the court's approach to costs capping in competition claims with a view to limiting claimants' exposure to defendants' costs.
- Require UK courts and tribunals to «have regard» to UK National Competition Authorities decisions and guidance (e.g. OFT, OFCOM and other regulators).
- Confer a power on the Secretary of State to exclude leniency documents from use in litigation without the consent of the leniency applicant.
- Confer a power on the Secretary of State to remove joint and several liability for leniency applicants that qualify for immunity, so that they are only liable for the harm they caused or not liable at all in exceptional circumstances. This would enhance the incentive to apply for leniency such that further cartels would be exposed.

These recommendations (and their reasoning) are fully explained in the OFT Paper. It should however be noted that given the High Court's current approach to UK competition authorities' views (see *AHH Pharmaceuticals* and *Software Cellular* above), it is questionable whether a requirement that courts and tribunals should «have regard» to these authorities' decisions and guidance is at all necessary. In this regard, the specialised nature of competition law and the fact that there are specialised administrative bodies (and a tribunal) dealing with it means that it is common sense (and inevitable) for the courts to look at and have regard to guidance and decisions from those bodies. Even then, as RICHARDS J. made clear in *AHH Pharmaceuticals*<sup>101</sup>,

---

ted on a new prioritisation framework. The OFT is likely to publish the final version of the prioritisation framework in the second half of 2008.

<sup>99</sup> See OFT Paper and Nicholas PEACOCK, «Competition litigation reform - What next for private enforcement?», *PLC*, May 2008.

<sup>100</sup> A conditional fee agreement is one which, if the claim is successful, the fee payable is a basic fee plus a pre-negotiated percentage «success fee» uplift, reflecting the risks involved. Under UK law the claimant's lawyers are not allowed to have as retribution a cut of the damages (contingency fee). See «Private Antitrust Litigation 2008», UK Chapter. *Getting the Deal Through*: <http://www.getting-thedealthrough.com>.

<sup>101</sup> See footnote 18 and section 2.A above.

the courts are not bound by those decisions and guidance and will ultimately carry out their own assessment in a given case.

## 6. FINAL REMARKS

There have been a number of developments within UK private competition law enforcement in 2007. The following conclusions can be drawn from the cases analysed in this article: only compensatory damages are available in follow-on actions; interim measures have proven to be in some ways as important as principal actions; and claimants have not hesitated to test the limits of private competition law enforcement with their tactics. Examples of the latter can be seen in *Emerson Electric*, where the claimants sought damages against the whistleblower (who had not appealed the relevant decision) before the CFI had determined the case, and in *Devenish*, where the claimants were seeking restitutionary damages because some of them had been able to pass on losses to their customers and therefore would have received little (if any) compensatory damages.

The increasing number of cases brought before the courts every year and the OFT's recommendations show that private competition law enforcement is a fast developing area of English law. Competition authorities are fully aware of the benefits of having a dual enforcement system that would ultimately reach a wider protection of competition within the common market. Hence the OFT Paper and the Commission's White Paper on Damages Actions for Breach of the EC antitrust rules published in April 2008.

As shown by some of the cases analysed in this article, the interface between public and private enforcement is not straightforward and any attempt to encourage the latter should consider the different incentives that undertakings may have within the two way system. Considerations such as the inter-play with leniency programmes, decisions by other national competition authorities or the nature of damages awarded should be taken into account if we want to have an effective Community-wide two way enforcement system.

It is to be expected that «victims» of competition law infringements will every time more bring actions before the courts for breaches of competition law. In fact, in the past few years there have been an increasing number of cases that did not reach the trial phase because the parties entered into settlement agreements. It will be interesting to see the new issues that will arise in those cases that do reach the trial and judgment phase and their impact on the functioning of the two way enforcement system.





# COMENTARIOS A LA NUEVA REGULACIÓN ITALIANA SOBRE DERECHOS AUDIOVISUALES FUTBOLÍSTICOS

Juan ESPINOSA GARCÍA\*

Subdirector de Relaciones con las Administraciones  
Públicas en la Dirección de Promoción de la Competencia  
de la Comisión Nacional de la Competencia  
Comisión Nacional de la Competencia

## 1. INTRODUCCIÓN

En 2007, el legislador italiano acometió una reforma del régimen de venta y explotación de los derechos de retransmisión audiovisual de los partidos de fútbol pertenecientes a las competiciones domésticas transalpinas (la *Lega Calcio*, en sus Series A y B, la *Coppa d'Italia*, y la *SuperCoppa* de la Liga), que entrará en vigor a partir de la temporada 2010-2011. Así, el marco instaurado por la Ley núm. 106, de 19 de julio de 2007, y desarrollado por el Gobierno italiano en el posterior Decreto Legislativo de 21 de diciembre del mismo año, constituyen el desarrollo más reciente<sup>1</sup>, a nivel europeo, en materia de ordenación expresa de las condiciones de acceso al mercado de los derechos audiovisuales futbolísticos y de su posterior ejercicio, encaminado a producir contenidos audiovisuales tales como la retransmisión televisiva de partidos en directo o diferido, programas resúmenes de mejores jugadas, o avisos de goles por medio de soportes de telefonía móvil.

La mirada de precedentes que en la materia existen a nivel europeo acredita el interés que suscitan los mercados relacionados de derechos audiovisuales de acontecimientos futbolísticos para el análisis *antitrust*: la

---

\* Las opiniones manifestadas en este artículo son estrictamente personales, sin que en ningún caso supongan la postura oficial de la CNC al respecto.

<sup>1</sup> Con posterioridad a dicha regulación, en Europa han existido ulteriores movimientos en ese sentido. Así, en junio de 2008 la CNC publicó su *Informe sobre la competencia en los mercados de adquisición y explotación de derechos audiovisuales de fútbol en España*. Sin embargo, las recomendaciones de dicho informe no son vinculantes para reguladores u operadores económicos, y se han abierto investigaciones por el modo de venta de los derechos en España (abril de 2008) y Alemania (diciembre de 2007), no resueltas al momento del presente comentario.



mayoría de las competiciones de clubes domésticas europeas —y desde luego las más importantes— así como las de ámbito continental, han experimentado algún tipo de intervención pública sobre la materia, fundamentalmente provenientes de las autoridades administrativas de competencia. Ello se debe no sólo al evidente peso económico de los derechos de difusión dentro del conjunto de ingresos de los clubes, y a su importancia para las distintas actividades audiovisuales (en particular, y en el momento actual, para la televisión de pago, sin perjuicio de la creciente apertura a nuevas vías de explotación), sino a las características particulares que presentan los mercados implicados.

Por ejemplo, y recogiendo la síntesis efectuada en el reciente *Informe sobre la competencia en los mercados de adquisición y explotación de derechos audiovisuales de fútbol en España* del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC): un incentivo natural a la coordinación entre los clubes de fútbol, en el seno de sus instituciones de gobernanza, que conforman la oferta audiovisual; la estructura oligopolística del sector audiovisual, que viene motivada por su naturaleza de industria de red y por el proceso de implantación de competencia en monopolios históricos; un fuerte componente de evolución tecnológica, que otorga ventajas a los operadores que las introducen; y un comportamiento estratégico de los operadores en relación a la adquisición de contenidos<sup>2</sup>. Todo ello conforma un contexto que puede favorecer comportamientos anticompetitivos en la adquisición y explotación de contenidos futbolísticos.

La nueva regulación italiana viene a sentar el último hito significativo hasta el momento, en el desarrollo del llamado modelo de venta centralizada de los derechos. En la actualidad, este sistema, sujeto a ciertas condiciones merced a la corriente instaurada por una serie de decisiones de la Comisión Europea, es el que impera en las principales competiciones futbolísticas en Europa. Asimismo, siguiendo el Libro Blanco del deporte de la Comisión Europea de 2007, la venta centralizada ha sido recomendada expresamente por el Parlamento Europeo en su *Informe sobre el futuro del fútbol profesional*<sup>3</sup>.

La solución italiana posee un interés particular por varias razones añadidas a su carácter de actualizadora de anteriores propuestas de venta centralizada. En primer lugar, su instauración es consecuencia de un impulso legislativo, a diferencia de los precedentes anteriores, constituidos a partir de pronunciamientos administrativos de las autoridades de competencia:

<sup>2</sup> Véase, a este respecto, el punto 2.3 de dicho documento.

<sup>3</sup> Véase, a este respecto, el Libro Blanco sobre el deporte, presentado por la Comisión Europea (COM) 2007, 391, el 11 de julio de 2007, en cuyo párrafo 4.8 se manifiesta: «Si bien la venta colectiva de derechos de difusión aumenta las preocupaciones en materia de competencia, la Comisión lo ha aceptado bajo determinadas condiciones. La venta colectiva puede resultar importante para la redistribución de ingresos y, por tanto, puede ser una herramienta que refuerce la solidaridad en el seno del deporte». Véase también la Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de marzo de 2007, sobre el futuro del fútbol en Europa (2006/2130/INI). El párrafo 59 de este documento sostiene que «la venta colectiva es fundamental para proteger el modelo de solidaridad financiera».

con ello, se pretende instituir un marco regulatorio expreso, estable y carente de las asimetrías que origina la introducción de condiciones derivadas de actuaciones de defensa de la competencia, especialmente —pero no sólo— el control de concentraciones. En segundo lugar, porque el tránsito a la venta centralizada en Italia significará que, de entre las competiciones futbolísticas de cierto interés, únicamente las españolas mantienen un sistema de venta individualizada, entre club y comprador, de los derechos audiovisuales (y, en este caso, muy *sui generis*).

En tercer lugar, el italiano resulta el primer sistema de venta centralizada que se propone expresamente atacar la exclusividad estricta en lo que se refiere a la retransmisión de partidos en directo, contenido por el cual las distintas plataformas de televisión de pago están destinadas a pujar. Finalmente, el modelo italiano consagra el fomento del equilibrio competitivo a través de determinados mecanismos de redistribución de los ingresos. No siendo este último un aspecto novedoso (siempre ha constituido el punto de mayor controversia en las negociaciones internas entre los distintos clubes a la hora de diseñar el modelo), el grado de desarrollo expreso resulta significativo en este caso. Ello demuestra el carácter prioritario que para el regulador tenía establecer principios claros al respecto, cuestión que no puede extrañar, si tenemos en cuenta que los equipos italianos son los que perciben, de entre los clubes de las principales competiciones europeas, un mayor porcentaje por sus derechos audiovisuales del total de ingresos.

Aunque aún restan un par de temporadas para que el nuevo modelo entre en vigor, el momento presente resulta apropiado para aventurar sus motivaciones, fines y consecuencias. De esta manera, en las siguientes páginas se partirá de la contextualización conceptual e histórica de la reforma italiana, para posteriormente desentrañar sus principales elementos, valorando su impacto y significado en sede de competencia. Finalmente, se contrastará someramente dicho enfoque con los de otras competiciones y autoridades de competencia que han implantado este mismo sistema de venta centralizada, así como con las soluciones de ordenación al modelo de venta individualizada relativo a las competiciones españolas (Liga y Copa del Rey) que la CNC propone en el mencionado informe.

## 2. LA VENTA DE DERECHOS AUDIOVISUALES FUTBOLÍSTICOS: CONTEXTO

### A. MODELOS EXISTENTES Y SOLUCIONES ADOPTADAS

Existen dos modelos básicos de venta de derechos de difusión de competiciones deportivas de clubes (como las futbolísticas): la llamada venta individualizada y la venta centralizada. Ambos sistemas comportan sus propias implicaciones desde el punto de vista de la competencia.



Bajo una venta individualizada, cada club acuerda bilateralmente con el adquirente la venta de los derechos audiovisuales de su propiedad, sin obedecer a directriz o pauta de coordinación alguna entre él y el resto de clubes miembros de la competición en cuanto al precio del contrato, su extensión temporal, o su objeto. Este sistema puede, a su vez, registrar dos variaciones. La primera de ellas consiste en que el club venda los derechos de los encuentros que organiza, esto es, los que disputa como local (lo que se conoce como *derecho de arena*). Éste es el modelo seguido en Italia hasta que entre en vigor la reforma en cuestión, o en Holanda, hasta temporadas recientes. Este subtipo es en principio el más congruente con la normativa *antitrust*, al no existir acuerdos de oferta que puedan restringir la competencia y permitirse una explotación cierta e inmediata de los derechos que se adquieren. Sin embargo, no está exento de críticas, fundamentalmente relacionadas con el perjuicio relativo que supone a los clubes con menor capacidad de atracción audiovisual, los cuales pueden ver mermados sus ingresos por este concepto, llegando a venderlos a bajo precio o, en caso extremo, a no venderlos.

La segunda variación consiste en que el club venda al adquirente los derechos de todos los encuentros en que participe, sea como local o visitante (bien porque se lo permita la derivación de la titularidad del derecho audiovisual, o bien porque existe acuerdo entre los clubes por el cual resulta necesario otorgar el consentimiento de ambos clubes participantes)<sup>4</sup>. Éste sería el caso del sistema español. Entre las implicaciones que presenta este modelo, destaca el hecho de que la compra de los derechos de un club, por ejemplo para una temporada, no garantiza la posibilidad de retransmitir encuentro alguno, al necesitarse para ello los derechos de los clubes contrincantes en cada uno de los partidos. Ello comporta determinadas consecuencias negativas para el acceso de los operadores no establecidos a los derechos, y predetermina la explotación audiovisual, aguas abajo, a partir de la puesta en común de los derechos por parte de sus adquirentes<sup>5</sup>.

Por su parte, el modelo de venta centralizada consiste en que los clubes ponen a disposición de los demandantes los derechos audiovisuales a través de un solo punto de venta (la propia organizadora de la competición o un tercer agente comisionado para tal fin). La entidad vendedora establece las

---

<sup>4</sup> En este caso, la titularidad del derecho vendría atribuida no porque el club sea el organizador del encuentro como anfitrión del mismo —como ocurre bajo el *derecho de arena*—, sino porque el club cuenta con la posibilidad de explotar los llamados derechos de imagen de los jugadores que tiene en nómina. La atribución de la titularidad del derecho audiovisual corresponde, evidentemente, al ordenamiento jurídico interno; en defecto de previsión expresa, se ha planteado el debate entre ambas posibilidades de derivar la titularidad del derecho audiovisual. Por ejemplo, en España, donde la CNC, en el mencionado informe de junio de 2008, ha considerado que la causa del doble consentimiento era fundamentalmente convencional, en concreto derivada de un acuerdo de la Asamblea de la LNFP. Así, el sistema español partiría de la venta individual de los derechos para superponer lo que la CNC considera un pacto entre los propios clubes, mediante el cual se necesita el consentimiento del equipo visitante para la retransmisión de un partido.

<sup>5</sup> Véase el mencionado informe de la CNC, en sus puntos 3.3 y 3.4.

condiciones de la licencia, así como el proceso de adquisición. Una vez vendidos los derechos, los ingresos se distribuyen entre los titulares originarios, de acuerdo con el mecanismo de reparto de ingresos establecido. La venta centralizada supone un acuerdo entre oferentes (los clubes) en principio restrictivo de la competencia con arreglo al art. 81.1 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), al constituir una fijación de precios entre competidores y, en los casos analizados, restricción de la producción (esto es, del número total de encuentros retransmitidos).

Debido a ello, las distintas autoridades de competencia han valorado los efectos de la venta centralizada sobre la competencia en el mercado de adquisición de derechos y los mercados verticalmente relacionados aguas abajo. Tras algunas prohibiciones del modelo por parte de algunas autoridades nacionales de competencia (por ejemplo, la inglesa, alemana, holandesa e italiana), la Comisión Europea, en tres decisiones relativas a la Liga de Campeones de la UEFA, la liga alemana, y la liga inglesa, decidió que dicho modelo era aceptable, con arreglo a determinados elementos que, amparándose en el art. 81.3 TCE, motivan su exceptuación del régimen del apartado 1 de dicho artículo<sup>6</sup>. Así, de acuerdo con tales pronunciamientos, la venta centralizada conllevaría determinadas eficiencias económicas que redundan en beneficio de los consumidores: por ejemplo, la eliminación de costes de transacción en el proceso de negociación y conclusión de contratos, la creación de una imagen de marca del campeonato y la potenciación de su valor de producto globalmente considerado, que de manera así como un fortalecimiento del equilibrio competitivo entre los clubes participantes.

Asimismo, la Comisión Europea sometió la aprobación de dichos regímenes a determinadas condiciones destinadas a paliar los riesgos de acaparamiento de derechos por parte de un solo comprador, a la sazón —de manera consistente en todos los países europeos— el operador históricamente establecido en el mercado de la televisión de pago. Estas condiciones hacen referencia a la limitación temporal de los contratos de licencia, a la imposibilidad de constituir derechos de opción o tanteo de cara a la renovación de los mismos, al establecimiento de procesos de subastas competitivas a precio único e incondicional, a la distribución de los contenidos en varios lotes; y, en ocasiones (en el caso de la *Premier League* inglesa), prohibición de un único comprador de los derechos y supervisión del proceso por parte de un tercero independiente.

Precisamente, a excepción del caso español, una vez que entre en vigor la regulación italiana, la totalidad de las principales competiciones futbolísticas del continente que habrán de regirse por este modelo en la venta de sus derechos.

<sup>6</sup> Decisiones de la Comisión Europea de 23 de julio de 2003 (COMP 37.398), 19 de enero de 2005 (COMP/C-2/37.214), y 16 de diciembre de 2003 (COMP/C.2/38.173 y 38.453), respectivamente.



## B. LA EVOLUCIÓN DE LA VENTA DE DERECHOS AUDIOVISUALES EN LAS COMPETICIONES ITALIANAS

El desarrollo histórico de la venta de derechos audiovisuales futbolísticos en Italia resulta útil para comprender las razones y el alcance de la nueva orientación. En realidad, más que del todo nueva, cabría calificarla de vuelta a los orígenes de venta centralizada de los derechos que regía hace una quincena de años, incorporando, eso sí, determinados ajustes. Esta suerte de evolución circular se ha visto influenciada por un doble orden de fuerzas: por un lado, las vicisitudes experimentadas en la oferta, los clubes titulares de derechos; por el otro, el devenir de los mercados audiovisuales aguas abajo. Ambos elementos, a su vez, han motivado las sucesivas intervenciones de las autoridades de competencia.

Así, hasta 1993, la *Lega Nazionale Professionisti (Lega Calcio)* comercializaba, de manera centralizada, los derechos televisivos relativos a las Series A y B —campeonato de liga de Primera y Segunda División—, la *Coppa Italia* y la *SuperCoppa* de la liga. Los derechos se vendían al operador público RAI para su explotación en televisión en abierto, repartiéndose los ingresos entre las Series A y B de manera igualitaria. A partir de este año, la liga comienza a compatibilizar la venta de derechos para el abierto con la venta de derechos al operador privado Telepiù para su retransmisión en pago. Conforme esta modalidad de explotación va ganando importancia, surgen clubes dentro de la liga que comienzan a abogar por la venta individual de los derechos, bajo el argumento de que pueden obtener mayores ingresos, existiendo, por añadidura, interés en promover la apertura del mercado a distintos operadores.

En 1999, la *Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (AGCM) comienza a cuestionar el sistema de venta en bloque de los derechos por parte de la liga. La investigación de la AGCM estaba encaminada a determinar si había existido violación de las normas de competencia, derivada de la decisión de los clubes miembros de la liga de encargar a esta asociación la venta centralizada de los derechos televisivos para su explotación en abierto y en pago hasta la temporada 1998-1999, y del posterior sistema de reparto de ingresos establecido entre los distintos clubes<sup>7</sup>. En el seno de este procedimiento, la *Lega Calcio* reformó su reglamento de manera que los clubes pudiesen vender sus derechos televisivos correspondientes al campeonato liguero exclusivamente (aunque esta posibilidad quedaba sujeta a una resolución formal que nunca tuvo lugar), y modificó el mecanismo de reparto de ingresos.

Finalmente, a mediados de 1999 la AGCM concluyó que la asociación de clubes violaba la normativa italiana de defensa de la competencia, en tanto que el acuerdo restringía la competencia entre derechos de competidores directos y, asimismo, que el sistema de venta centralizada favorecía

<sup>7</sup> El mecanismo de reparto de ingresos no sólo incluía los derivados de la venta de los derechos, sino también otros conceptos, como apuestas o ingresos por patrocinación.

la venta de todos los derechos relativos a la competición a un solo operador en exclusiva, si bien no le impuso multa alguna y le permitió seguir comercializando centralizadamente los derechos correspondientes a la *Coppa d'Italia* hasta el fin de la temporada 2001/02. A partir de aquí, la liga siguió manteniendo la posibilidad de vender determinados derechos, como resúmenes, partidos en diferido, y la competición copera, pero se permitía a los clubes comercializar directamente sus derechos en relación con partidos de liga en directo, que en general resulta ser el contenido más valioso.

Paralelamente, en ese mismo año, una Ley establece el límite de los derechos que un solo operador puede ostentar para la retransmisión en televisión de pago en el 60 por 100, confirmando así la preocupación por evitar la creación de posiciones dominantes en mercados audiovisuales. Con ello, a partir de 1999 se garantizaba la posibilidad de que las dos plataformas digitales existentes en aquel momento, Stream y Telepiù, pudieran comprar derechos. El nuevo escenario de competencia incrementó dramáticamente el precio de los derechos para su retransmisión en pago para el periodo 1999-2002 (de 325 a 1278 millones de liras italianas). Asimismo, el interés de la televisión de pago por el fútbol repercutió negativamente en las cantidades pagadas por la RAI para la retransmisión de partidos en abierto, al devaluarse el interés de los partidos retransmitidos bajo esta modalidad.

Posteriormente, en 2004 el grupo de comunicación Newscorp (propietario de la plataforma Stream), adquirió a su contrincante Telepiù, modificando la estructura del mercado de la televisión de pago en Italia: el operador que resulta de la operación, Sky Italia, monopoliza los derechos futbolísticos. Como consecuencia de ello, la Comisión Europea, al autorizar la operación, impuso determinadas condiciones destinadas a evitar el cierre del acceso a los derechos televisivos en el futuro. Entre ellas, se encontraba la limitación de la vigencia de los contratos de adquisición de derechos a dos años, y la reducción de la exclusividad de los mismos a la explotación por televisión vía satélite, con la obligación de sublicenciar el contenido a operadores de cable y televisión digital terrestre (TDT)<sup>8</sup>. Puede decirse que las condiciones cumplieron su cometido, al permeabilizar la posición del operador establecido y abrir el mercado: por una parte, a partir de 2005, un total de seis plataformas de pago, bajo distintas tecnologías, emitieron partidos de la Serie A; por otra parte, de cara a la renovación de los derechos, las condiciones facilitaron adquisiciones de terceros operadores.

Así, el grupo Mediaset, propietario de los principales canales en abierto de Italia, compró los derechos audiovisuales de los principales equipos italianos para TDT de las temporadas 2004/05 a 2006/07, así como derechos de exclusividad para la adquisición derechos para la explotación a través de todas las plataformas. En la práctica, Mediaset se hizo, de hecho, con

<sup>8</sup> Véase operación de concentración Newscorp/Telepiù.



el control de los derechos audiovisuales hasta 2016, sin que pesaran sobre este operador las obligaciones impuestas de manera asimétrica a Sky. Debe destacarse que Mediaset ya había iniciado la oferta de servicios en TDT, beneficiándose de las ayudas que el propio Gobierno italiano facilitaba a los consumidores finales para la implantación de la red de codificadores receptores de esa tecnología. Su estrategia de negocio se basaba en una oferta mixta, consistente canales en abierto (sin necesidad de suscripción) más una serie de contenidos en pago por visión (entre los que se encuentra el fútbol en directo), con consumo a través de tarjetas de pre-pago.

Como consecuencia de la compra de derechos de Mediaset, la AGCM abrió una investigación por abuso de posición de dominio contra tal operador, fijando su atención en los derechos de opción de cara a las sucesivas renovaciones, que le posibilitaban excluir del mercado de acceso a terceros operadores, y a la posibilidad que tenía este operador de retener para sí la explotación audiovisual de los contenidos futbolísticos en televisión de pago en su integridad. El procedimiento concluyó en junio de 2006, una vez Mediaset se comprometió a reducir la duración de los contratos que ya había concluido a tres años. Adicionalmente, Mediaset aceptó dos condiciones alternativas que iban a depender del régimen de exclusividad en la venta de los derechos que los distintos clubes decidiesen para rondas de renovación futuras. De esta manera, si los derechos no se vendiesen en exclusiva para toda la televisión de pago, sino para cada una de las distintas plataformas existentes (cable, satélite, TDT...), Mediaset no podría adquirir derechos para plataformas distintas de la TDT. En el caso de que la adquisición de derechos se produjese en régimen de exclusividad de una vez para todas las plataformas, Mediaset se comprometió a sublicenciar a terceros los derechos para plataformas distintas de la TDT en condiciones transparentes, objetivas y no discriminatorias.

### C. LA VUELTA A LA VENTA CENTRALIZADA

Si bien parecía que la nueva ordenación del mercado como consecuencia del desenlace del procedimiento abierto a Mediaset garantizaba el acceso al mercado en un grado razonable, lo cierto es que, en su esencia, las obligaciones impuestas a este operador adolecían del mismo carácter asimétrico. Ello, a largo plazo, podía motivar que se reprodujeran las situaciones que precisamente se pretendían evitar, de hacerse un operador distinto a Mediaset con todos o la mayoría de los derechos.

De la misma manera, desde que la actuación de la AGCM en 1999 consagró la transición a la venta individualizada de los derechos, se venía detectando una creciente desigualdad, entre clubes grandes y pequeños, en los ingresos que los clubes percibían por este concepto. Ello culminó a las puertas de la temporada 2003/2004, cuando ocho clubes de la Serie A no pudieron vender sus derechos con carácter estable a partir de dicha temporada. Estos clubes llegaron a bloquear el inicio de la competición para obte-

ner garantías de redistribución de los ingresos audiovisuales de los clubes que sí habían conseguido vender sus derechos, volviendo a poner de manifiesto la cuestión de la solidaridad financiera entre clubes, elemento principal en las relaciones entre los clubes miembros de la liga italiana.

Paralelamente, entre 2003 y 2006, la Comisión Europea autorizó los tres diseños de venta centralizada anteriormente comentados. Estas decisiones, como se ha visto, consideraban admisible la venta centralizada bajo ciertas condiciones destinadas a garantizar el acceso al mercado y a evitar la consolidación de posiciones dominantes en los mercados aguas abajo. Adicionalmente, la Comisión Europea, como consecuencia de la descentralización en la aplicación del Derecho comunitario de la competencia, instaba a las autoridades nacionales, como mejor situadas, a evaluar las implicaciones competitivas de las ventas de derechos audiovisuales relativos a las competiciones futbolísticas nacionales a la luz de esta nueva doctrina.

Así, en enero de 2007 la AGCM significó un cambio de línea en su informe *Settore del Calcio Professionistico*<sup>9</sup>, en el que hace suya la evolución experimentada en el entendimiento de las implicaciones para la competencia de las ventas centralizadas, y pone de relieve la desigualdad entre los ingresos audiovisuales de los clubes grandes y los pequeños, deduciendo que resultaba necesario aplicar un nuevo mecanismo de solidaridad financiera para incrementar el equilibrio competitivo entre los clubes participantes en la competición.

En definitiva, mediante este informe, los trabajos ya iniciados que posteriormente habrían de cristalizar en la iniciativa legislativa aquí comentada recibieron el *placet* desde el punto de vista de la competencia.

### 3. PRINCIPALES ELEMENTOS DE LA REFORMA ITALIANA

Un examen de los elementos principales de la solución regulatoria italiana revela que la misma supone una actualización de la doctrina general relativa a las ventas centralizadas de derechos audiovisuales futbolísticos, establecida a través de las decisiones de la Comisión Europea ya referidas. Sin embargo, también contiene una serie de particularidades que merece la pena señalar. Se comentan a continuación sus principales características.

#### A. EL INSTRUMENTO JURÍDICO

En primer lugar, debe destacarse la relativa innovación que supone la voluntad de regular a priori las reglas de adquisición y explotación de estos derechos en relación con el enfoque adoptado mayoritariamente hasta ese

<sup>9</sup> Informe IC27 de la AGCM, Año XVI, publicado en el boletín de la AGCM de 8 de enero de 2007, pp. 49 a 61.



momento. Así, salvo en el caso de Francia, donde la regulación de las ventas de derechos también se ha realizado por decreto, en el resto de competiciones de clubes importantes la opción del modelo básico ha correspondido a los operadores del mercado (en este caso, los titulares de los derechos como los clubes de fútbol). Una vez definido el modelo, la autoridad de competencia, tanto antes como después de la entrada en vigor del Reglamento comunitario 1/2003, cuestionaba y eventualmente sometía el modelo a determinados requisitos.

Asimismo, en el pasado, la conformación de estos mercados ha estado tremendamente influenciada por las condiciones que las distintas operaciones de concentración que en distintos países, como Francia, Alemania, España o Italia, se han producido en el sector audiovisual, implicando a plataformas de televisión de pago competidoras<sup>10</sup>. En estos casos, tanto la Comisión Europea como las Autoridades Nacionales han impuesto determinadas exigencias en materia de acceso y gestión de los derechos, tales como limitaciones temporales de los contratos vigentes, prohibición de derechos de tanteo y opción, y, en algunos casos como en España, obligaciones de sublicenciar los contenidos. Sin embargo, tales condiciones, si bien pueden resultar relativamente efectivas en la introducción de competencia aguas arriba, tienen el problema de determinar las reglas del juego de manera asimétrica, sólo para un operador del mercado.

Por el contrario, el legislador italiano ha pretendido otorgar un carácter estable a las condiciones de acceso y explotación del mercado, regulando además con cierto grado de detalle todos los elementos de la adquisición y la gestión, si bien algunos de estos elementos se habrán de perfilar posteriormente (por ejemplo, mediante directrices de la liga). Esta decisión viene motivada por la dificultad que habría existido en alcanzar tal opción por parte de los propios operadores: la restitución voluntaria de la venta centralizada de los derechos a partir del acuerdo en el seno de la asociación de clubes se antoja difícil, una vez que los más importantes venían obteniendo sustanciosos retornos por la venta individual de sus derechos. En todo caso, parece que, tanto o más que la ordenación de la oferta, haya pesado el interés en evitar en lo posible la consolidación de posiciones de dominio a través del acceso privilegiado a los derechos.

Sin perjuicio de ello, puede no obstante atisbarse una implicación adicional en la decisión de instrumentar normativamente el cambio de modelo: el reconocimiento expreso, por parte de los poderes públicos, y nada menos que a nivel legislativo, de la necesidad de reforzar la solidaridad financiera para fomentar el equilibrio competitivo de la competición. Éste es el primero de los principios en que el art. 1 de la Ley basa la necesidad de la reforma, y constituye una novedad mayor de lo que en principio cabría inferir.

---

<sup>10</sup> En concreto, las operaciones de concentración TPS/Canal+ en Francia, Bertelsmann/Kirch/Premiere en Alemania, Sogecable/Vía Digital y Sogecable/AVS en España, o Newscorp/Telepiù en Italia.

Debe partirse de que, dentro del catálogo de razones conducentes a autorizar los modelos de venta centralizada que la Comisión Europea ha autorizado, se incluye el fortalecimiento del equilibrio competitivo mediante el mecanismo de reparto de ingresos entre clubes, como eficiencia que tener en cuenta, *ex art.* 81.3 TCE. Subyace en dicho razonamiento que el reforzamiento del equilibrio competitivo contribuye a aumentar el valor de producto, ya que la equiparación en ingresos significa disminuir las diferencias en calidad de los clubes participantes, suponiendo, a la postre, una distribución de los mejores jugadores entre los distintos clubes. Todo ello contribuiría, de acuerdo con esta tesis, a aumentar la incertidumbre deportiva y, en consecuencia, el atractivo de la competición.

Sin embargo, si bien resulta cierto que el refuerzo del equilibrio competitivo mediante mecanismos de solidaridad financiera se menciona como razón de eficiencia en los pronunciamientos comunitarios, en ninguno de ellos se realiza un análisis expreso de la relación de causalidad entre nivel de igualdad en calidad y valor de producto en términos de atractivo para el consumidor final. Esta cuestión, dentro del análisis estricto de la eficiencia económica, no resulta del todo pacífica a nivel doctrinal<sup>11</sup>, habiendo incluso llegado a cuestionarse abiertamente en alguna ocasión por parte de las propias autoridades de competencia (por ejemplo, en el informe de 2008 de la CNC)<sup>12</sup>.

En definitiva, la Ley italiana apuesta por proteger expresamente el equilibrio competitivo de la competición doméstica, en línea con lo demandado por el propio Parlamento Europeo en su *Informe sobre el futuro del fútbol profesional en Europa* de abril de 2008. Sin embargo, parece probable que elementos extraños a la defensa de la competencia, y más relacionados con objetivos estrictos de política deportiva (como la cohesión y, en última instancia, garantía de pervivencia de la liga doméstica, o la promoción del deporte de base como elemento de vertebración social) hayan coadyuvado a adoptar dicha posición. De hecho, en el propio Decreto Legislativo se establecen una serie de previsiones en relación con una parte de los ingresos, previo a su reparto por los clubes, destinadas a determinadas actividades «horizontales» —fomento de las estructuras juveniles de cantera de los clubes profesionales, a la mejora de las infraestructuras y las medidas de seguridad, y a la potenciación de las propias divisiones profesionales inferiores—, así como a una fundación destinada a fomentar la solidaridad financiera y las estructuras inferiores; previsiones que exceden el objetivo de la garantía de la competencia efectiva en los mercados.

<sup>11</sup> Véanse por ejemplo, a este respecto, S. SZYMANSKI (2005), «Tilting the Playing Field: why a sports league planner would choose leas, not more, competitive balance», *Tanaka Business School Discussion Papers*, TBS/DPO5/35; o S. FALCONIERI, F. PALOMINO y J. SAKOVICS (2002), «Collective versus individual sale of TV rights in league Sports», *Journal of the European Economic Association*, Center, Tilburg University.

<sup>12</sup> Véanse puntos 4.2.2.b), y, en particular, 5.2.1 de dicho informe.



## B. LA TITULARIDAD DE LOS DERECHOS

La Ley italiana establece un régimen de cotitularidad de los derechos audiovisuales entre el organizador de la competición (la liga) y el organizador de los eventos deportivos concretos, esto es, los distintos clubes de fútbol anfitriones de cada uno de los encuentros<sup>13</sup>. Esta titularidad compartida entre liga y clubes constituye una novedad en relación con otros modelos de venta centralizada relativos a competiciones domésticas<sup>14</sup>, en los que los clubes seguían reteniendo la titularidad originaria de los derechos, habilitando a la liga de turno a realizar la venta de los derechos (Alemania, Inglaterra). En otros sistemas, como Francia, los propietarios de los derechos no son ni los clubes ni la liga profesional, sino la federación de fútbol, que cede la venta y gestión de los mismos a la liga.

No siempre la legislación de turno establece expresamente quién es el titular de los derechos audiovisuales. En otros países, en el pasado, cuando se ha discutido sobre esta cuestión, se ha descartado que a la liga se le deba reconocer su contribución a la coordinación y organización del campeonato mediante la atribución de la titularidad de los derechos, toda vez no es el organizador de la competición quien asume la organización del encuentro de fútbol concreto, los costes vinculados a su puesta en práctica y los riesgos empresariales derivados de ella. Serían los clubes —en concreto, cuando les corresponda ser anfitriones del encuentro— los que la asumirían<sup>15</sup>. Una opción similar adopta la CNC en el reseñado informe de 2008.

Como ya se ha visto, en realidad, la atribución a la liga de la posibilidad de explotar determinados derechos se viene reconociendo incluso bajo el marco actual de venta individualizada de partidos de la competición liguera en directo: en todo lo que no sea este tipo de contenido (derechos para resúmenes en abierto de mejores jugadas, partidos en diferido y derechos radiofónicos, y partidos de Copa), la liga es quien vende los derechos para Italia. En todo caso, el reconocimiento expreso, a nivel legislativo, de que la competición es titular de los derechos audiovisuales, aunque sea de manera compartida con los clubes, tiene varias implicaciones. En primer lugar, supondría explicitar el valor añadido que confiere la competición: un encuentro de fútbol no tiene el mismo valor en el seno de una competición oficial que fuera de ella (si es un amistoso). Por añadidura, existen circuns-

<sup>13</sup> La cotitularidad se aplica a cualesquiera derechos audiovisuales, salvo a los de archivo de las imágenes (conservación y utilización de las mismas a partir del octavo día desde que se celebró el evento deportivo en cuestión), que corresponde al club local (art. 2 del Decreto Legislativo), si bien éste, en condiciones de reciprocidad, concede el ejercicio de tal derecho de archivo al club visitante.

<sup>14</sup> La Comisión Europea, en su caso *UEFA Champions League*, sí parte de la cotitularidad de los derechos entre clubes y UEFA, si bien matiza que dicha copropiedad no tiene por qué afectar a todos los derechos derivados de un torneo de fútbol (párrafo 123).

<sup>15</sup> Ésta sería la opción defendida por el Tribunal Supremo alemán en su sentencia de 11 de diciembre de 1997, con motivo de la prohibición del *Bundeskartellamt* de un sistema de venta colectiva de los derechos de difusión de la *Bundesliga* y la UEFA en Alemania. Véase, a este respecto, J. MASSAGUER (1997), «Naturaleza, Protección y Titularidad de los Derechos Audiovisuales sobre eventos deportivos», en *Actas de Derecho Industrial*, t. XVIII, p. 299.

tancias en cierta medida externas al encuentro mismo, como son, por ejemplo, el momento del campeonato en que se disputa éste, o la posición de los contendientes en la clasificación, que inciden también en el atractivo audiovisual del encuentro y por tanto su valor económico. Por añadidura, al otorgarle la cotitularidad a la liga, el legislador italiano permite a la liga poder acceder al reparto de los ingresos y disfrutar de una participación en ellos para los fines anteriormente mencionados.

### C. LAS CARACTERÍSTICAS DE LA VENTA

Como se ha dicho, a partir de la temporada 2010-2011<sup>16</sup> se instaura una venta centralizada que implica que la *Lega Calcio*, por sí misma o a través de un agente independiente designado al efecto a través de un mecanismo competitivo, comercializa los derechos de difusión relativos a los campeonatos futbolísticos profesionales, estando obligada a dar la oportunidad de acceder a los derechos a todos los operadores de comunicación interesados, sea cual sea la plataforma, para su explotación tanto en Italia como a nivel internacional.

#### a) *El proceso competitivo*

En cuanto a la forma de celebración del proceso competitivo y el diseño de los paquetes de derechos, las prescripciones desarrolladas en el Decreto Legislativo van encaminadas a evitar la posibilidad de que un solo operador ostente la posibilidad de explotar los contenidos audiovisuales, en exclusiva, para todas las plataformas de explotación posibles. Este «ataque a la exclusividad» se extiende, incluso, a la retransmisión televisiva de encuentros en directo.

Así, para los derechos relativos a la competición de mayor atractivo económico y deportivo (la primera división o Serie A), la liga debe adjudicar los derechos mediante un procedimiento de subasta competitiva, estableciendo distintos paquetes, a precio mínimo por paquete, por debajo del cual no está obligada a aceptar la oferta. La vigencia de los contratos subastados tendrá una duración máxima de tres años, lo cual garantiza la salida

---

<sup>16</sup> Hasta tanto no entre en vigor la reforma, sigue rigiendo el sistema de venta individualizada. Nótese que el pasado 10 de abril la AGCM, Autoridad de Competencia italiana, anunció la apertura de una investigación contra la *Lega Calcio* por, presuntamente, haber intentado impedir a los clubes de fútbol —en concreto, de la Serie B— la venta los derechos de emisión de sus partidos en el periodo transitorio hasta la instauración del mecanismo de venta centralizada que instaura la reforma legislativa de 2007. La *Lega Calcio*, que había iniciado negociaciones para la cesión de derechos televisivos relativos a los partidos de la serie B, sin llegar a un acuerdo definitivo con los potenciales adquirentes, habría obstaculizado a los clubes de fútbol la negociación autónoma de tales derechos, alegando que la cesión de derechos por parte de algunos clubes se había efectuado sin la preceptiva autorización de la liga.



al mercado de los derechos con una cierta periodicidad, y evita plazos largos de acaparamiento por parte de los compradores.

La liga puede elegir entre celebrar un solo proceso que englobe a todas las plataformas televisivas (tanto terrestre en abierto, como pago por satélite, cable, ADSL o TDT), o distintos procesos para cada una de las plataformas. En principio, esta elección vendrá determinada por el propio cálculo de maximización de ingresos de la entidad vendedora.

Con la segunda modalidad, se garantiza directamente que la retransmisión de partidos no va a ser en exclusiva, puesto que más de una plataforma tendrá acceso directo a los derechos. Sin embargo, incluso de seguirse la primera opción, la normativa asegura esta posibilidad, ya que, a la manera del compromiso aplicado a Mediaset en su momento como consecuencia de la investigación por abuso de posición dominante anteriormente mencionado, se le impone al adquirente de los derechos la obligación de reventa de los contenidos futbolísticos para plataformas distintas a aquella en la que el titular se encuentre en activo, si bien no se precisan las condiciones de esa reventa.

Cabe, asimismo, distinguir entre que el comprador de los derechos sea un intermediario (en cuyo caso está obligado a revender los derechos) o un operador de comunicaciones con título habilitante para operar en alguna de las distintas plataformas. En este último caso, cuando la Liga decida realizar varios procesos competitivos de acuerdo con las distintas plataformas de explotación, el operador de comunicaciones únicamente puede concurrir a la subasta relativa a la plataforma para la que cuente con el preceptivo título habilitante para operar.

Esta posibilidad de realizar subastas según plataformas va más allá que el remedio establecido por la Comisión Europea consistente en establecer la llamada «prohibición de comprador único», aplicado en la última licitación de la liga inglesa, consistente en que un mismo operador no puede resultar adjudicatario de todos los paquetes, como había venido ocurriendo en previas licitaciones. En efecto, con la prohibición de comprador único, que está catalogada como una de las más intervencionistas por la propia autoridad comunitaria, y también se incorpora expresamente en la legislación italiana, no se cuestiona el hecho de que el contenido de el disfrute de cada uno de los paquetes que contienen derechos para retransmisión de partidos en directo es, en sí mismo, en exclusiva (no habrá ningún otro operador que haya accedido a dicho paquete). Sin embargo, con el establecimiento de distintas subastas para los mismos contenidos —distinguiendo meramente entre categorías de demandantes— se introduce la posibilidad de que más de un operador pueda acceder a exactamente el mismo contenido.

#### b) *El contenido de las subastas*

Los contenidos fundamentales que se ponen a disposición de las distintas subastas son: encuentros en directo para su explotación a través de tele-

visión, y contenidos en «casi-directo» (como resúmenes de mejores jugadas), para su explotación tanto por televisión como, en un paquete independiente, por nuevas tecnologías como la telefonía móvil. La normativa también establece algunas pautas para las licencias de derechos fuera de Italia y para las licencias de derechos radiofónicos.

Por lo que respecta a los partidos en directo, que es el producto principal, la determinación del número mínimo de encuentros que se ponen a disposición de los operadores se deja a la posterior decisión de la liga, contenida en sus líneas directrices.

Esta cuestión, en determinadas ocasiones, ha estado en el centro de las críticas hacia el modelo de venta centralizada (por ejemplo, en la investigación abierta por la *Office of Fair Trading* en 1997), ya que las ligas profesionales de turno, con el argumento de proteger la vía de ingresos derivada de la asistencia física al estadio, han establecido restricciones en ese sentido, que no podrían establecer si existiese un mecanismo de venta individualizada. De hecho, en ocasiones, el número de encuentros en directo que se sacan a subasta resulta sorprendentemente bajo, si lo comparamos con el número de encuentros, por ejemplo, disponibles bajo el sistema español (por ejemplo, en la versión actual del esquema inglés, validado por la Comisión Europea, el número de encuentros de la primera división disponibles para su retransmisión en directo es de 138, de 380 posibles).

Por todo ello, es de suponer que la Autoridad de Competencia revisará, en cada ciclo de renovaciones, la idoneidad del número concreto de encuentros cuyos derechos se venden, tal como las anteriores decisiones relativas a modelos de venta centralizada han efectuado. De lo contrario, se podría producir una asignación ineficiente del número de encuentros, esto es, se venderían menos de los que la demanda está dispuesta a adquirir.

Por lo que respecta al contenido de los paquetes, éstos deben ser equilibrados, en el sentido de que todos ellos habrán de incluir contenidos suficientemente atractivos para el consumidor final. La determinación del número de paquetes, y de otras cuestiones como el número mínimo de partidos que han de licenciarse (sin que exista obligación de vender los derechos para la retransmisión de la totalidad de los partidos), se realizará posteriormente en las mencionadas directrices que deberá adoptar la liga.

Los derechos relativos a los encuentros que, habiendo decidido la liga su salida al mercado, no sean adjudicados en el proceso de subasta, podrán ser vendidos por parte del club organizador del evento, o explotados a través de su propio canal temático.

Por su parte, las plataformas emergentes (telefonía móvil de tercera generación o Internet) podrán adquirir directamente de la liga derechos en forma no exclusiva y para la explotación de una de estas modalidades. Los sujetos legitimados para adquirir serán operadores de estas plataformas emergentes, o bien intermediarios independientes, en idénticas condiciones. La periodicidad de las adquisiciones será en este caso, como máximo,



bianual. Los derechos que para esta modalidad de explotación se venderán son, siguiendo los precedentes comparados, los resúmenes de goles y mejores jugadas de los encuentros puestos a disposición de la demanda instantes después de la finalización del partido, pero el Decreto Legislativo, en su art. 14.4, permite incluso que la liga pueda reservar una parte de los derechos relativos a retransmisiones de encuentros en directo, al objeto de favorecer la implantación en el mercado de estos servicios.

### c) *Las condiciones de reventa*

Cuando los adquirentes de los derechos sean operadores audiovisuales con título habilitante para operar en alguna plataforma, éstos sólo puede explotarlos en relación con la plataforma en que operan. No pueden estos operadores, sin embargo, revender de plano los derechos a un tercero, ni ceder los contratos de licencia, despojándose de los derechos que hayan adquirido. Lo que sí pueden hacer, con carácter simultáneo a la explotación directa de los contenidos a la que están onligados, es sublicenciar los contenidos futbolísticos que retransmita a terceros, con el permiso de la liga, para que efectúen retransmisiones simultáneas a la suya o bien en diferido. El art. 11.7 del Decreto Legislativo menciona expresamente que esta posibilidad de sublicencia no puede ejercitarse con ánimo anticompetitivo.

En el caso de que, por el contrario, los adquirentes fuesen intermediarios independientes, éstos deben revender los derechos sin modificar los paquetes originales y de manera objetiva, transparente y no discriminatoria.

Para garantizar que la no explotación de los derechos por parte de sus compradores no conlleva una pérdida de bienestar para los consumidores finales, la liga se reserva la posibilidad, en caso de que algunos de los derechos no se exploten, de permitir que los derechos sean adjudicados a otros operadores. Incluso podría la liga, respetando los derechos vendidos, constituir una plataforma de explotación audiovisual directa de los derechos.

Por lo que hace a la explotación radiofónica, se introduce la novedad de que la liga pueda vender los derechos de retransmisión en exclusiva en lengua italiana a un solo operador en exclusiva.

Finalmente, con respecto a la comercialización internacional de los derechos, los principios de venta y duración de los derechos son similares a lo comentado al respecto de la explotación en Italia, aunque se concede más libertad a la hora de establecer las limitaciones de ejercicio y sublicenciar de los derechos de los operadores audiovisuales.

## D. EL MECANISMO DE REPARTO DE LOS INGRESOS

En el caso italiano, el destino de los ingresos derivados de la venta de derechos audiovisuales es una cuestión incluso más relevante que otras

ligas, debido al peso que esta vía de explotación supone en relación con el total de ingresos. Así, entre los equipos pertenecientes a las grandes ligas continentales, los clubes italianos son los que, en términos relativos, perciben más ingresos por derechos audiovisuales, considerando su total de ingresos (62 por 100 del total de ingresos en la temporada 2005/2006, frente a, por ejemplo, el 42 por 100 de la *Premier* inglesa o el 35 por 100 de la Liga española)<sup>17</sup>. Dicha importancia se hace especialmente patente por lo que se refiere a los clubes de mayor popularidad. Así, si bien en otras competiciones los clubes más importantes presentan una diversificación de sus fuentes de ingresos que motiva que el porcentaje atribuible a otras vías de explotación dentro de su total de ingresos sea mayor que el de los clubes de menor atractivo comercial (manteniéndose el porcentaje de ingresos audiovisuales entre el 30 y el 40 por 100), para los grandes clubes italianos ese porcentaje es cercano al 70 por 100<sup>18</sup>.

No resulta extraño, en consecuencia, que la normativa italiana intente precisar hasta cierto punto el mecanismo específico de reparto de ingresos derivados de la venta de derechos audiovisuales entre los clubes. Centrándonos en el reparto entre los clubes de la Serie A, una vez destinada una cantidad no inferior al 10 por 100 de los ingresos a determinados objetivos de política deportiva (4 por 100 mínimo para la promoción del fútbol base y 6 por 100 mínimo destinado a las categorías profesionales inferiores), una parte de los ingresos restantes, que será como mínimo del 40 por 100, se repartirá igualmente entre los clubes. La asamblea de la liga podrá decidir el mecanismo de reparto relativo a la parte remanente.

En todo caso, para el reparto correspondiente a la primera venta de derechos a partir de la temporada 2010/2011, para la Serie A, el Decreto Legislativo establece que el 40 por 100 de los ingresos, previas las deducciones mencionadas, se repartirá a partes iguales; el 30 por 100 sobre la base de los resultados deportivos (10 por 100 de acuerdo con los resultados históricos de cada club en la competición; 15 por 100 de acuerdo con el resultado de cada club en las cinco últimas temporadas, y 5 por 100 sobre la base de la última temporada); y el 30 por 100 restante con arreglo a un baremo que tiene en cuenta el número de socios de los clubes (25 por 100), y la capacidad de atracción demográfica de los mismos (5 por 100).

#### 4. EL MODELO ITALIANO: COMPARACIÓN CON LOS RESTANTES MODELOS VIGENTES

A la hora de calibrar el significado de la nueva regulación italiana, cabe atender a una doble comparación: por un lado, las mejoras que supone en relación con otros modelos de venta centralizada instaurados anteriormen-

<sup>17</sup> Véase Deloitte Annual Review of Football Finance 2007.

<sup>18</sup> Deloitte Football Money League 2008, con relación al AC Milan, Internazionale, AC Roma y Juventus.



te. Por otro lado, las divergencias en el tratamiento que el modelo italiano realiza y el del único modelo actual que no constituye una venta centralizada, el relativo a las competiciones españolas, sobre el cual, como se ha dicho reiteradamente, se ha pronunciado este año la CNC, proporcionando determinadas orientaciones en cuanto a su mejora.

Si se le compara con otros modelos de venta centralizada, puede decirse que la opción que entrará próximamente en vigor en Italia responde a las mismas preocupaciones reflejadas en esos precedentes, las cuales fundamentalmente se encuentran en los mercados de explotación aguas abajo: la formación o mantenimiento de posiciones dominantes en los mercados audiovisuales, y la garantía de acceso para explotar los derechos a través de nuevas tecnologías. Por ello, el modelo se ciñe a los principios básicos ya establecidos: subasta transparente y no discriminatoria de los derechos, segmentación de éstos en paquetes equilibrados, limitación de los periodos de vigencia de las licencias, e incluso prohibición de comprador único, remedio únicamente establecido anteriormente en el caso inglés.

No obstante, puede decirse que, en determinados aspectos, el modelo italiano apuesta de manera más intervencionista por eliminar la posibilidad de comportamientos estratégicos de exclusión de terceros operadores. En particular, este sistema no sólo intenta reducir el riesgo de cierre del acceso a los derechos en los ciclos de renovación, sino también el riesgo de cierre a la explotación de los contenidos. Así, al establecerse expresamente la opción de establecer subastas paralelas por los mismos derechos para la retransmisión de encuentros en directo, según plataformas, y, en caso contrario, obligar al adquirente a sublicenciar los derechos a operadores de otras plataformas, si bien, ciertamente, nada se dice en cuanto a qué esquema de precios deben seguir las sublicencias. Con esta medida se reducen tremendamente las posibilidades de cierre del acceso a la explotación.

Por el contrario, en lo relativo a otros elementos la propuesta italiana resulta más continuista con los precedentes. Por ejemplo, ni la Ley ni el Decreto Legislativo adoptan una solución concreta en cuanto a la cantidad adecuada de *output* que la venta centralizada debería producir —esto es, el número de encuentros que deberían ponerse a la venta—. Como en los modelos anteriores, se sigue permitiendo que la liga pueda sacar de la venta un número considerable de encuentros sin que los clubes locales puedan acceder a su explotación (sólo podrían explotar aquellos que la liga haya decidido, en primera instancia, vender, pero que una vez tomada esta decisión no se hubiesen explotado). En todo caso, no es ésta una cuestión que se haya suscitado en Italia en la misma medida que en otros países, debido al alto número de encuentros en directo que se vienen emitiendo tradicionalmente.

Por su parte, la comparación entre el futuro modelo italiano y el español revela las diferencias de planteamiento que han demostrado las respectivas autoridades públicas —y, en particular, las de competencia— en la lucha por evitar los problemas generados en el mercado. Así, comenzando

por la filosofía de la intervención, la autoridad española ha adoptado, en su informe de 2008, un enfoque prudente, optando por no aconsejar un cambio de modelo que pudiese devenir en una intervención legislativa, sino que propone determinadas soluciones con arreglo a los distintos escenarios que, motivados por la voluntad de los propios operadores, se puedan presentar. Uno de ellos es precisamente la venta centralizada, en la línea de los precedentes anteriores, pero no el único, dejándose en todo caso a los oferentes de derechos la decisión de instaurar tal sistema.

Parte de la motivación que parece subyacer en este enfoque del Consejo de la CNC es una distinta percepción de la relación entre equilibrio competitivo y valor de producto, y el posible impacto de la venta centralizada en estos elementos, en particular teniendo en cuenta que el desequilibrio que de principio existe en la competición española —con dos equipos, Barcelona y Real Madrid, entre los tres más ricos del mundo— no le ha impedido contar con un grado de incertidumbre deportiva incluso superior a otras ligas con venta centralizada, ni perder, por ende, atractivo para el consumidor final. Por ello, se considera adecuado dejar a la oferta la decisión acerca de qué modelo tiene un impacto más positivo sobre el producto.

Ello resulta congruente con el hecho de que la CNC obvia cualquier referencia o pauta al mecanismo de reparto de los ingresos de los derechos o al destino de una parte de los ingresos a finalidades «mutualistas», aun en el caso de que se instaurase una venta centralizada. El legislador italiano sí otorga unas pautas generales de mínimos en lo que se refiere al porcentaje de ingresos que deben ser repartidos a partes iguales, e incluso las fija totalmente para el primer ciclo de derechos vendidos bajo el nuevo sistema. De cualquier manera, como se ha dicho, en dicha opción también pueden incidir distintas consideraciones de política deportiva, reflexiones que, por otra parte, resulta más pertinente establecer a nivel normativo que en un plano estrictamente de competencia.

Debe referirse, de cualquier manera, que en su informe el Consejo de la CNC no descarta, e incluso parece valorar positivamente, la existencia de mecanismos de solidaridad financiera; simplemente, refleja que estos mecanismos no tienen por qué consistir necesariamente en una centralización de los derechos, o en un pacto, como el que existe en España, por el cual se necesite el consentimiento de ambos clubes participantes en un encuentro para poder retransmitirlo, opción que afecta negativamente a las condiciones de competencia en los mercados de adquisición y explotación de derechos audiovisuales futbolísticos.

Por lo que respecta a las orientaciones que la autoridad española proporciona para el caso de que los clubes decidieran mantener el sistema actual de venta individualizada con necesidad de doble consentimiento de ambos clubes participantes para retransmitir un encuentro, la similitud entre las soluciones española e italiana son mayores en el nivel aguas arriba de la cadena de valor (el acceso a los derechos). Aquí, la CNC propone



remedios esencialmente similares a los de las ventas centralizadas; limitación temporal de los periodos de vigencia de los contratos, ausencia de derechos de tanteo y retracto, y prohibición de compras a futuro de los derechos (posibilidad que no cabe en las ventas centralizadas, pero sí en un modelo de negociación individual).

Sin embargo, en el nivel de la explotación audiovisual las alternativas de la CNC resultan mucho más abiertas. En España, la puesta en común de los derechos por parte de sus titulares resulta necesaria de cara a su posterior explotación audiovisual, debido al efecto que el doble consentimiento para la retransmisión del partido causa en las posibilidades de explotación de los derechos por parte de sus adquirentes. Aceptada la inevitabilidad de la puesta en común, la CNC centra sus preocupaciones en impedir que el operador que controle los derechos pueda privilegiar a determinados operadores aguas abajo, con los que pudiera estar verticalmente integrado. Para ello, dispone que los contenidos audiovisuales deberán ponerse a disposición de los operadores en condiciones de transparencia, objetividad y no discriminación, pero deja abierta la posibilidad de que las reventas se hagan por subastas, o mediante negociaciones bilaterales.

Ello contrasta con la opción italiana, que, además de regular de manera relativamente profusa las condiciones de la subasta, somete a la obligación expresa de reventa de los derechos a los adquirentes originarios para aquellas plataformas televisivas en las que no operen directamente los adquirentes, o bien conforma distintas subastas para distintas plataformas. Esta decisión trae causa del anterior expediente por abuso de posición de dominio a Mediaset, en el que se forzó a este operador a comprometerse en tal sentido, obligación que, por cierto, ha sido también impuesta en el caso español a Sogecable/AVS; lo que se hace en esta ocasión es extender a todos los operadores tal obligación. Ello, en cierta medida, supone un cuestionamiento al sistema de derechos en exclusiva.

Frente a ello, la autoridad española, en un contexto de opciones tecnológicas más incompleto que el italiano —en España, por el momento, no existe posibilidad de emitir TDT en pago— considera más acertado dar la oportunidad al revendedor de adoptar la decisión en relación con la exclusividad, o la ausencia de ella, que le permita maximizar su beneficio; lo que se pretende evitar es que determinados operadores, los integrados verticalmente con el *pool*, tengan acceso privilegiado a la explotación. Eso sí, de las orientaciones impuestas se desprende que existirán menos problemas para la competencia —y menos riesgo de intervención— si los contenidos en exclusiva son puestos a disposición de los operadores mediante subasta<sup>19</sup>.

<sup>19</sup> Literalmente, la CNC manifiesta que: «En el supuesto de organizarse la reventa y explotación de los derechos audiovisuales futbolísticos conforme a relaciones bilaterales o plurilaterales, los operadores deben valorar la eventual sujeción de los acuerdos de licencia en exclusiva para una determinada ventana de explotación al Reglamento CE 2790/99 de restricciones verticales, o la indispensabilidad de la exclusiva *ex art.* 1.3 LDC».

## 5. CONCLUSIÓN

Son varios los sentidos en que la regulación italiana relativa a la venta y explotación de derechos audiovisuales resulta interesante en el actual proceso de ordenación que está experimentando este sector en toda Europa. En primer lugar, por el hecho de constituir una ordenación legislativa, y por lo tanto prospectiva, dentro de la cual habrá de discurrir el comportamiento de los agentes económicos implicados. En segundo lugar, por el alcance de su contenido, que resulta más ambicioso que el de precedentes anteriores de venta centralizada, y ello aun dejando la precisión de determinados elementos a posteriores directrices generales de la propia liga para los distintos ciclos de renovaciones. Así, en el instrumento normativo se incorporan todos los remedios más significativos —incluida la prohibición de comprador único de los derechos— y se establecen garantías adicionales de explotación conducentes a abrir el mercado a un número suficiente de operadores, las cuales pueden llegar a suponer, de hecho, un atentado al espíritu de exclusivas que regía para, precisamente, los contenidos más demandados, que son los partidos en directo. Finalmente, no cabe atender, en su análisis, a razones exclusivas de defensa de la competencia, en particular en lo que se refiere al sistema de mutualidad financiera previsto expresamente, o a sus mecanismos de reparto.

El planteamiento italiano presenta, asimismo, una filosofía más intervencionista que el propuesto recientemente por la Autoridad de Competencia española. En todo caso, vistos tanto el dinamismo que presenta el sector, como la evolución tecnológica a medio plazo que puede conducir a la convergencia de los mercados y, finalmente, la nutrida casuística de conductas en las que en tales mercados puede plantearse la existencia de conductas restrictivas a la competencia, no puede concluirse en este momento si la opción regulatoria *ex ante* dotará de la suficiente predecibilidad y estabilidad a estos mercados, y ahorrará a la autoridad de competencia la necesidad de intervenir en mayor medida que la solución española, en la cual determinados aspectos, tales como la elección del modelo básico o de los mecanismos de reventa, son dejados a la iniciativa a los operadores. De cualquier manera, no será hasta dentro de un par de temporadas, cuando entre en vigor, que podrá comenzarse a vislumbrar la validez de esta regulación, así como su verdadero alcance.





# AMORTIZACIÓN FISCAL DEL FONDO DE COMERCIO FINANCIERO: ¿POLÍTICA FISCAL O AYUDA DE ESTADO?

Juan Manuel CONTRERAS DELGADO DE COS\*  
Subdirector adjunto en la SG de relaciones con las AAPP  
DG de Promoción de la Competencia  
Comisión Nacional de la Competencia

## 1. INTRODUCCIÓN

En enero de 2007 la Comisión Europea dirigía una carta al Reino de España en la que le informaba de que había recibido diversas quejas planteadas por miembros del Parlamento europeo en las que se manifestaba la preocupación de los mismos ante el régimen fiscal especial introducido en nuestro país para favorecer las adquisiciones por parte de empresas españolas de empresas extranjeras (art. 12.5 de la Ley del impuesto de sociedades).

En efecto, mediante numerosas preguntas escritas<sup>1</sup> dirigidas a la Comisión y en especial mediante la pregunta escrita núm. P-5509/06 del diputado británico del Parlamento europeo David MARTIN —por ser una de las últimas de la lista—, se ponía en cuestión la OPA hostil que la empresa Iberdrola había lanzado sobre la empresa británica de generación y distribución de energía Scottish Power.

---

\* Las opiniones manifestadas en este artículo son estrictamente personales, sin que en ningún caso supongan la postura oficial de la CNC al respecto.

<sup>1</sup> Varios diputados europeos habían planteado cuestiones a la Comisión, así las preguntas escritas núm. E-4431/05, E-4772/05, E-5800/06. Las cuestiones afectaban no sólo al sector energético, sino también a las telecomunicaciones (adquisición de O2 por Telefónica) o los servicios (adquisición del grupo Sanef por Sacyr, Abertis y Cintra). En concreto, mediante la pregunta escrita núm. P-5509/06, el diputado del Parlamento Europeo David MARTIN (PSE) se quejó ante la Comisión por la OPA hostil mediante la compra de acciones del generador y distribuidor británico de energía ScottishPower por parte del productor español de energía Iberdrola, que, según dicho diputado del Parlamento europeo, se habría beneficiado irregularmente de una ayuda estatal en forma de prima fiscal aplicable a la adquisición. El diputado del Parlamento europeo pidió a la Comisión que examinara todos los problemas de competencia que planteaba la adquisición, notificada el 12 de enero de 2007 para su examen por la Comisión de conformidad con el art. 4 del Reglamento (CE) núm. 139/2004, del Consejo, de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas.



Sin embargo —y en relación con esta última concentración empresarial— mediante la Decisión de 26 de marzo de 2007 (asunto núm. Comp/M.4517 *Iberdrola/Scottish Power, SG-Greffe* (2007) D/201696), la Comisión decidió no oponerse a la operación notificada y declararla compatible con el mercado común en aplicación del art. 6, apartado 1, letra b), del Reglamento de concentraciones, si bien tal y como se recoge en la decisión comentada, solicitó a la eléctrica que calculara el valor actual neto del posible incentivo fiscal máximo que ofrecía el art. 12.5 del TRLIS. Este requerimiento de información específico, no demasiado ortodoxo dado el procedimiento en que el mismo se desarrollaba —una concentración empresarial, no lo olvidemos— fue un punto de partida que daría pie posteriormente a la apertura formal de un expediente *ad hoc*.

En el núcleo central del problema se encontraba el art. 12.5, del Real Decreto Legislativo 4/2004, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (*BOE*, 11 de marzo de 2004, en lo sucesivo TRLIS) que lleva por título «Correcciones de valor: pérdida de valor de los elementos patrimoniales» que precisa lo siguiente:

«[...] 5. Cuando se adquieran valores representativos de la participación en fondos propios de entidades no residentes en territorio español, cuyas rentas puedan acogerse a la exención establecida en el art. 21 de esta ley, *el importe de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico contable a la fecha de adquisición se imputará a los bienes y derechos de la entidad no residente en territorio español, de conformidad con los criterios establecidos en el Real Decreto 1815, de 20 de diciembre, por el que se aprueban las normas para la formulación de cuentas consolidadas, y la parte de la diferencia que no hubiera sido imputada será deducible de la base imponible, con el límite anual máximo de la veintava parte de su importe*, salvo que se hubiese incluido en la base de deducción del art. 37 de esta Ley sin perjuicio de lo establecido con la normativa contable de aplicación.

La deducción de esta diferencia será compatible, en su caso, con las dotaciones a que se refiere el apartado 3 de este artículo».

Continuaba señalando la Comisión que, en esencia, de acuerdo con la norma anteriormente citada, el «fondo de comercio financiero», que podía ser definido como la diferencia entre el precio de adquisición de la participación en la entidad no residente y el valor de mercado de los activos materiales e inmateriales de la entidad cuyas participaciones se adquieren, se podría amortizar a los efectos fiscales oportunos durante los veinte años siguientes a partir de la fecha de adquisición sin que se requiera la contabilización del gasto o que el fondo de comercio surja a resultas de la fusión de las dos entidades. Un último dato respecto al relato introductorio de los hechos: en respuesta a alguna de las cuestiones planteadas por los parlamentarios europeos la Comisión Europea señaló expresamente: «La Comisión Europea considera que las medidas fiscales abiertas a todos los

agentes económicos que operan en un Estado miembro son, en principio, medidas generales y no ayudas de Estado»<sup>2</sup>.

Pero es que, además, en este caso se estaban poniendo en juego otros principios ya consagrados por el ordenamiento comunitario como el de atribución de competencias, en virtud del cual la Unión Europea sólo tiene atribuciones en aquellos campos en los que los Estados miembros han realizado cesiones de soberanía. Por lo tanto, en aquellos campos que no se han cedido las mismas, las competencias son todavía de los propios Estados.

Como es bien sabido, el Derecho comunitario<sup>3</sup> establece que la imposición directa es competencia de cada uno de los Estados miembros —un buen ejemplo de ello es la República de Irlanda, que ha defendido a capa y espada su soberanía fiscal en materia del impuesto de sociedades— si bien ya han existido intentos de una cierta armonización a nivel europeo. En 1997 una Resolución del Consejo económico y financiero de la Unión Europea adoptó un Código de conducta<sup>4</sup> en el ámbito de la fiscalidad de las empresas. Como su propio nombre ya aventuraba, era un documento no vinculante que recogía la preocupación de algunos países por lo que podía significar una carrera hacia la deslocalización de empresas en el mercado interior.

Tomando como referencia este Código, la Comisión Europea elaboró en 1998 una comunicación<sup>5</sup> sobre la aplicación de las normas de las ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas. En su introducción, se manifestaba claramente que había existido un amplio debate sobre la necesidad de actuar de forma coordinada a nivel comunitario para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa y que por tal motivo, dicha comunicación perseguía además de los objetivos de transparencia y previsibilidad los no menos relevantes de coherencia e igualdad de trato.

En resumen: en este contexto de tensión Unión Europea-Estados miembros es en el que hay que entender el procedimiento abierto contra el Reino de España por estas presuntas ayudas fiscales. A diferencia de otros asuntos en que ya disponemos de la resolución final administrativa o incluso jurisdiccional, en este expediente estamos todavía inmersos en una fase de «formación de criterio» en ambos litigantes y en cualquier caso sólo en sede administrativa. Sin embargo, dada la publicidad que la Comisión Europea ha otorgado a los principales argumentos realizados por una y otra

<sup>2</sup> Respuesta ofrecida el 17 de febrero de 2006 por el comisario MCCREEVY de mercado interior y servicios a la pregunta E- 4772 /2005 (adquisición de O2 por Telefónica).

<sup>3</sup> Arts. 94 y 95 (TCE), actualmente reconvertidos en los arts. 114 y 115 (Tratado de Lisboa), 2007.

<sup>4</sup> Resolución del Consejo y de los Representantes de los Gobiernos de los Estados miembros, reunidos en el seno del Consejo, de 1 de diciembre de 1997, relativa a un Código de conducta sobre la fiscalidad de las empresas, *DOUE*, de 6 de enero de 1998 C2 (1998).

<sup>5</sup> Comunicación de la Comisión europea relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas, *DOUE*, de 10 de diciembre de 1998 C384 (1998).



parte, el lector más especializado y el público en general han tenido una vía franca de acceso a los mismos.

Desgraciadamente, el caso que nos ocupa no es un supuesto aislado. En una reciente publicación estadística<sup>6</sup>, las instancias comunitarias precisaban que a fecha 31 de diciembre de 2007 eran catorce los casos que el Reino de España tiene abiertos con decisiones de recuperación de ayudas pendientes. Algunos de ellos son más accesibles a la opinión pública por su repercusión en los medios de comunicación (p. ej., vacaciones fiscales vascas) pero otros presentan una repercusión mucho más reducida para el gran público por ser ayudas a empresas singularmente consideradas (p. ej., ayudas a Refractarios Especiales, ayudas a Minas de Río Tinto...). Con ello, queremos decir que algo debemos estar haciendo mal cuando España es uno de los Estados que más incumple su deber de notificación que deriva del art. 88 (TCE), aunque quizás ésa sea materia para otro artículo.

Volviendo a centrarnos en el asunto que vamos a analizar, lo que a continuación va a ser expuesto no es más que un resumen descriptivo más o menos detallado —y en muchos casos literal— de los argumentos utilizados por ambas partes (Comisión y Reino de España) de cara a la consideración de la amortización del fondo de comercio financiero como un supuesto de ayuda de Estado, para terminar con unas breves consideraciones finales sobre las consecuencias que cabe extraer a día de hoy, cuando el procedimiento todavía está en fase de investigación por parte de las autoridades comunitarias.

## 2. RELATO DE LOS HECHOS: EL CAMINO DEL DESENCUENTRO

Se puede decir que todo el procedimiento se inició con una carta de fecha 15 de enero de 2007 en la que la Comisión Europea emplazaba a las autoridades españolas a que proporcionaran toda la información disponible en relación con las operaciones y alcance del régimen en cuestión, así como su justificación dentro del sistema fiscal interno, incluyendo toda la legislación, reglamentos de aplicación, resoluciones administrativas, etc., debiendo especificar la fecha de entrada en vigor de las respectivas normas. Se solicitaba también indicar si el régimen había sido notificado a la Comisión con arreglo a lo previsto en la normativa de ayudas estatales y a precisar el gasto presupuestario relativo a la aplicación del régimen en los últimos tres años. Finalmente, se instaba a las autoridades españolas a facilitar cualquier elemento adicional en relación a la procedencia de cualquiera de las excepciones previstas en el art. 87.2 y 3 (TCE), así como cualquier otra información que pueda ser de utilidad para la evaluación por parte de la Comisión.

<sup>6</sup> Marcador de ayudas de Estado de la Comisión Europea (edición de primavera de 2008).

En suma, el instrumento utilizado por la Comisión era el habitual en este tipo de casos: requerir información para poder llegar a decidir sobre dos cuestiones: si se reúnen los elementos que exige la jurisprudencia del TJUE para que exista una ayuda de Estado y, por otro lado, determinar si la ayuda es compatible con el Derecho comunitario.

A este requerimiento respondieron las autoridades españolas proporcionando la información solicitada (carta de fecha 16 de febrero de 2007), si bien las autoridades comunitarias realizaron un nuevo requerimiento de información adicional, que fue puntualmente respondido por una nueva misiva de fecha 4 de junio de 2007. Señalar igualmente que la Comisión comunicó a las autoridades españolas que había recibido una denuncia de un operador privado —que había solicitado quedar en el anonimato— en la que el mismo exponía que el régimen español constituía una ayuda de Estado incompatible con el ordenamiento comunitario.

Dados estos antecedentes y teniendo en cuenta las consideraciones que después pondremos de manifiesto, por carta de 10 de octubre de 2007 *la Comisión comunicó a las autoridades españolas que había decidido abrir un procedimiento de investigación formal (art. 88.2 TCE) en relación con el régimen regulado en el art. 12.5 TRLIS* al entender que el mismo suponía un régimen fiscal excepcional que favorece la adquisición de participaciones significativas en empresas extranjeras por parte de empresas españolas.

Desde un plano teórico-normativo, la apertura de un procedimiento de investigación formal está regulada en el art. 4.4 del Reglamento del Consejo núm. 659/99/CE, de 22 de marzo de 1999, por el que se establecen disposiciones de aplicación del art. 93 (actual art. 88) del TCE. En el mismo se señala que si tras un examen previo, la Comisión comprueba que la medida notificada plantea dudas sobre su compatibilidad con el mercado común, decidirá incoar el procedimiento de investigación formal. Debe tomarse conciencia de dos cosas: *a)* que eso es literalmente lo que significa una apertura de investigación formal, que la Comisión tiene dudas sobre la existencia y la compatibilidad de la ayuda, sin que esto prejuzgue el contenido final de la decisión definitiva sobre el fondo del asunto; y *b)* que en este caso no estamos ante una ayuda notificada sino por el contrario ante una posible ayuda ilegal, precisamente por no haber sido notificada.

Por último, mencionar dos circunstancias adicionales que habrá que tener en cuenta: por un lado, recordar el efecto suspensivo del art. 88.3 (TCE), que obliga a esperar la autorización de la Comisión Europea para poder ejecutar la medida de ayuda notificada; por otro, que toda ayuda concedida ilegalmente podrá recuperarse de sus beneficiarios (art. 14 del Reglamento 659/99/CE ya citado), si bien esta posibilidad está limitada a su vez por dos condicionantes: que la Comisión estime que la recuperación es contraria a un principio general del Derecho comunitario (art. 14.1 Reglamento 659/99/CE) o bien que se haya superado el plazo de prescripción de diez años (art. 15.1 Reglamento 659/99/CE) desde la fecha en que



se hay concedido la ayuda ilegal al beneficiario, bien como ayuda individual, bien en virtud de un régimen de ayudas<sup>7</sup>.

### 3. DESCRIPCIÓN DE LA REGULACIÓN CONTENIDA EN EL ART. 12.5 (LIS)

Ya hemos señalado que el art. 12.5 del TRLIS precisa que la amortización del fondo de comercio financiero consiste en la deducción, a lo largo de veinte años (a razón de un 5 por 100 anual), de la diferencia entre el precio pagado por una empresa y su valor contable. En principio, se entiende que el fondo de comercio tendría causa en una serie de elementos difíciles de precisar: el valor de la buena reputación del nombre comercial de la empresa, las buenas relaciones con los clientes, la cualificación de los empleados y en general todas aquellas circunstancias que permitirían a la empresa adquirente obtener unas expectativas de negocio superiores a las aparentes.

Pues bien, para su aplicación efectiva en el régimen objeto de análisis se deben reunir las siguientes condiciones acumulativas, establecidas en el art. 21 de la misma ley:

- a) *Que el porcentaje de participación, directa o indirecta, en el capital o en los fondos propios de la entidad no residente sea, al menos, del 5 por 100.* La participación correspondiente se deberá poseer de manera ininterrumpida durante el año anterior al día en que sea exigible el beneficio que se distribuya o, en su defecto, se deberá mantener posteriormente durante el tiempo necesario para completar dicho plazo.
- b) *Que la entidad participada haya estado gravada por un impuesto extranjero de naturaleza idéntica o análoga a este impuesto* en el ejercicio en que se hayan obtenido los beneficios que se reparten o en los que se participa. Se considerará cumplido este requisito cuando la entidad participada sea residente en un país con el que España tenga suscrito un convenio para evitar la doble imposición internacional, que le sea de aplicación y que contenga cláusula de intercambio de información. En ningún caso se aplicará lo dispuesto en este artículo cuando la entidad participada sea residente en un país o territorio calificado reglamentariamente como paraíso fiscal.
- c) *Que los beneficios que se reparten o en los que se participa procedan de la realización de actividades empresariales en el extranjero.* Sólo se considerará cumplido este requisito cuando al menos el 85 por 100 de los ingresos del ejercicio correspondan a:

<sup>7</sup> Como no podía ser de otra manera, cualquier acción emprendida por la Comisión o por un Estado miembro a petición de la Comisión y que esté relacionado con la ayuda ilegal interrumpirá el plazo (art. 15.2 Reglamento 659/99/CE).

- Rentas que se hayan obtenido en el extranjero y que no estén comprendidas entre aquellas clases de renta a que se refiere el art. 107.2 como susceptibles de ser incluidas en la base imponible por aplicación del régimen de transparencia fiscal internacional [...]. En particular, a estos efectos, se considerarán obtenidas en el extranjero las rentas procedentes de las siguientes *actividades*:
1. Comercio al por mayor, cuando los bienes sean puestos a disposición de los adquirentes en el país o territorio en el que resida la entidad participada o en cualquier otro país o territorio diferente del español, siempre que las operaciones se efectúen a través de la organización de medios personales y materiales de que disponga la entidad participada.
  2. Servicios, cuando sean utilizados en el país o territorio en el que resida la entidad participada o en cualquier otro país o territorio diferente del español, siempre que se efectúen a través de la organización de medios personales y materiales de que disponga la entidad participada.
  3. Crediticias y financieras, cuando los préstamos y créditos sean otorgados a personas o entidades residentes en el país o territorio en el que resida la entidad participada o en cualquier otro país o territorio diferente del español, siempre que las operaciones se efectúen a través de la organización de medios personales y materiales de que disponga la entidad participada.
  4. Aseguradoras y reaseguradoras, cuando los riesgos asegurados se encuentren en el país o territorio en el que resida la entidad participada o en cualquier otro país o territorio diferente del español, siempre que aquéllas se efectúen a través de la organización de medios personales y materiales de que disponga la entidad participada.
- Dividendos o participaciones en beneficios de otras entidades no residentes respecto de las cuales el sujeto pasivo tenga una participación indirecta que cumpla los requisitos de porcentaje y antigüedad previstos en el párrafo *a*), cuando los referidos beneficios y entidades cumplan a su vez, los requisitos establecidos en los demás párrafos de este apartado [...].

De este maremagnum de requisitos y condiciones se desprende una idea muy simple: el régimen impugnado exige que la participación adquirida en la sociedad no residente alcance un mínimo del 5 por 100; también se requiere que dicha sociedad desarrolle actividades empresariales que expliquen al menos el 85 por 100 de sus ingresos, excluyéndose las inversiones en paraísos fiscales por motivos claramente imaginables.



#### 4. LA COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA RELATIVA A LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE AYUDAS ESTATALES A LAS MEDIDAS RELACIONADAS CON LA FISCALIDAD DIRECTA DE LAS EMPRESAS

Como afirma el profesor ARPIO SANTACRUZ<sup>8</sup>, a pesar de que la Comisión Europea ha afirmado repetidamente que el régimen fiscal y de contribuciones a la seguridad social, en términos globales, suelen constituir medidas de carácter general a menos que se apliquen de una forma discriminada a favor de determinadas empresas o producciones —en cuyo caso pueden constituir ayudas de Estado—, la comunicación de la Comisión Europea de 11 de noviembre de 1998 relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas<sup>9</sup> ha establecido algunos criterios para establecer los posibles casos en que queda acreditada la selectividad de las medidas objeto de análisis.

En dicha comunicación, las autoridades comunitarias señalan que la generalidad de la medida implicaría que la misma debe estar abierta a cualquier empresa sobre la base de la igualdad de acceso y su alcance no puede ser reducido *de facto*, por ejemplo, a causa de la discrecionalidad del Estado en su concesión o debido a otros factores que pueden restringir su efecto práctico. Las prácticas discrecionales de algunas administraciones fiscales han provocado que el Tribunal de justicia de la UE establezca que el tratamiento de los agentes económicos de forma discrecional puede conferir a la aplicación individual de una medida general la calidad de medida selectiva, muy especialmente en el caso de que la facultad mencionada vaya más allá de la simple gestión de los ingresos fiscales aplicando criterios objetivos<sup>10</sup>. Esta condición no limita, sin embargo, la capacidad de los Estados miembros para escoger aquella política económica que juzguen más apropiada y especialmente para repartir la carga fiscal como estimen oportuno sobre los diferentes factores de producción.

De igual forma, cabe precisar que el impuesto sobre los beneficios sociales sólo puede percibirse si se obtiene algún beneficio como consecuencia de la actividad económica gravada. De esta manera, por la propia naturaleza del sistema, se puede justificar el hecho de que las empresas sin ánimo de lucro —como es el caso de las fundaciones o las asociaciones— estén nominalmente exentas de imposición si no producen dichos beneficios. Análogo razonamiento puede seguirse en el caso de las cooperativas que distribuyan a sus miembros todos sus beneficios, ya que éstos pueden ser considerados exentos siempre que aquéllos ya tributen por el pago de dichos beneficios.

<sup>8</sup> J. L. ARPIO SANTACRUZ, *Las ayudas públicas ante el Derecho europeo de la competencia*, Aranzadi, 2000, p. 141.

<sup>9</sup> DOUE, 10 de diciembre de 1998 C 384/3.

<sup>10</sup> Sentencia del TJUE de 26 de septiembre de 1996, asunto C-241/94 Francia/Comisión (Kimberley Clark Sopalin).

Teniendo en cuenta los elementos que se acaban de exponer, debe quedar claro que por lo tanto el hecho de que determinadas empresas o producciones se beneficien más que otros de algunas de estas medidas fiscales no significa necesariamente que dichas medidas entren en el ámbito de aplicación de las normas de competencia en materia de ayudas estatales.

Sin embargo, las medidas que no se aplican a todas las empresas y que no se pueden justificar por la naturaleza o economía del sistema constituyen ayudas de Estado sometidas a los arts. 87 a 89 del TCE. Además, debe recordarse que el art. 87 no realiza distinción alguna según las causas o los objetivos de las intervenciones, sino que las define en función de sus efectos<sup>11</sup>.

Para aplicar por tanto la normativa de ayudas públicas a una medida fiscal, resulta especialmente pertinente el hecho de que esta medida establezca una excepción a la aplicación del sistema fiscal español a favor de ciertas empresas. Por eso conviene realizar un análisis detallado que pasaría por las siguientes fases: *a)* establecer el régimen común aplicable al supuesto de hecho que se plantea; *b)* examinar si la excepción a este régimen general está justificada por la naturaleza o la economía del sistema; *c)* de no ser así, la medida constituiría una ayuda de Estado.

En una segunda fase de análisis la Comisión debería detallar en qué medida la supuesta ayuda es compatible con el mercado interior, es lo que se conoce como análisis de la compatibilidad. Pues bien, en principio, cualquier ayuda fiscal puede acogerse, al igual que las ayudas concedidas bajo otros conceptos (p. ej., ayudas por desastres naturales, ayudas para fomentar un proyecto de interés común europeo...) a alguna de las excepciones al principio de incompatibilidad general. Dichas excepciones se desarrollan tanto en los apartados dos y tres del art. 87 (TCE) como en el art. 86 (TCE) si la entidad beneficiaria ostenta la gestión de un servicio de interés económico general.

Cuando la ayuda consiste en una ventaja fiscal para que las empresas puedan acometer un determinado proyecto de inversión, la misma no difiere del concepto de subvención tradicional, exigiéndose únicamente que se establezcan unas normas que sean lo suficientemente transparentes para que sea posible cuantificar la supuesta ventaja concedida.

Sin embargo, como señala la comunicación de la Comisión de 1998 —ya citada más arriba—, las disposiciones de bonificación fiscal suelen tener un carácter permanente: no están relacionadas con la realización de proyectos específicos sino que simplemente reducen los gastos corrientes de la empresa sin que sea posible evaluar el volumen exacto en el marco del examen previo efectuado por la Comisión. En este caso, dichas ayudas deben ser consideradas «ayudas de funcionamiento» que, en principio, están prohibidas, ya que las autoridades comunitarias sólo las autorizan en supuestos muy excepcionales<sup>12</sup>. Como después veremos en el análisis que

<sup>11</sup> Sentencia del TJUE de 2 de julio de 1974, asunto 173/73 *Italia vs. Comisión Europea*.

<sup>12</sup> Por ejemplo, es el caso de las ayudas a la construcción naval o las ayudas al transporte en las regiones ultraperiféricas.



realiza la Comisión del régimen fiscal español del art. 12.5 (TRLIS), la misma llega a la conclusión de que se trata de ayudas de funcionamiento que están prohibidas.

Pero entonces, ¿qué sería necesario para que se admitiera la compatibilidad de la ayuda con el ordenamiento comunitario? A esta pregunta, la comunicación de la Comisión comentada responde señalando que las ayudas que se utilicen para impulsar el desarrollo económico de determinadas regiones han de ser proporcionadas y adecuadas a los objetivos buscados. La concesión de excepciones en función de criterios generales exige que la Comisión se asegure de que dichas medidas realmente contribuyan al desarrollo regional y correspondan a actividades que tengan un impacto local, y además correspondan a desventajas regionales reales dentro de un contexto comunitario (y no estrictamente nacional).

## 5. LA VISIÓN DE LAS AUTORIDADES COMUNITARIAS

Según manifestaron las autoridades comunitarias en una primera aproximación —en sede parlamentaria— a este régimen fiscal las medidas fiscales abiertas a todos los agentes económicos que operan en un Estado miembro son, en principio, medidas generales y no ayudas de Estado. ¿Qué ha cambiado por tanto para que la opinión de la Comisión Europea parezca dar un giro a en su planteamiento? ¿Se trata sólo de que las instancias comunitarias han sido sometidas a presiones políticas nacionales, tal y como recogían ciertos artículos publicados en la prensa española? No parece que los tiros vayan por ahí, aunque tampoco consideramos que la Comisión esté exenta de crítica por su actuación en este caso.

En síntesis, el régimen fiscal previsto en el art. 12.5 del TRLIS consiste en una deducción fiscal en la base imponible del Impuesto sobre Sociedades de la entidad adquirente del importe correspondiente a la amortización del fondo de comercio financiero en una entidad no residente, entendido como el importe de la diferencia entre el precio de adquisición de la participación y su valor teórico contable en la parte que no sea imputable a los bienes y derechos de la entidad no residente, con el límite anual de la veinteava parte, siempre y cuando las rentas de la entidad no residente puedan acogerse a la exención establecida en el art. 21 del TRLIS.

En concreto, según manifiestan las autoridades comunitarias, el cálculo del «fondo de comercio financiero» se realiza en dos etapas. En primer lugar, se debe hallar la diferencia entre el precio de adquisición de la participación en la entidad no residente y su valor teórico contable en la fecha de adquisición. En segundo lugar, la diferencia positiva se debe imputar a los elementos patrimoniales de la entidad adquirida en función del porcentaje de participación adquirido, aumentando el valor de activos o reduciendo el de los pasivos de acuerdo con su valor de mercado según lo previsto en el Real Decreto 1815/1991, de 20 de diciembre, por el que se aprueban

las normas para la formulación de cuentas consolidadas. La parte de la diferencia positiva que no sea imputable a ninguno de los elementos patrimoniales de la entidad adquirida constituiría el «fondo de comercio financiero» susceptible de ser amortizado durante un periodo de veinte años, esto es, a razón de un 5 por 100 anual.

En palabras de la Comisaria de Competencia N. KROES: «Muchos creen que este régimen otorga una ventaja a las empresas españolas que compran empresas extranjeras. Esta investigación va a permitirnos determinar si esta inquietud está justificada». El régimen parece establecer una excepción al sistema fiscal general español al permitir la amortización del fondo de comercio incluso cuando no se unen la empresa adquirente y la empresa adquirida en una sola entidad.

Por lo que se refiere a la primera evaluación de la medida realizada por la Comisión Europea, se ha centrado tanto en la posible existencia de una ayuda de Estado (no notificada por cierto) como en la compatibilidad de la misma. A ello dedicamos las próximas líneas.

#### A. EXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DETERMINANTES DE UNA AYUDA DE ESTADO

Como es bien sabido, el art. 87 (TCE) establece que:

«1. Salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, serán incompatibles con el mercado común, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones».

En opinión de la Comisión Europea, en la decisión de abrir este procedimiento de investigación formal, este régimen fiscal reúne a primera vista los elementos determinantes que han sido puestos de manifiesto más arriba.

Por lo que se refiere al primero de ellos (*existencia de recursos estatales*), cabe señalar que la Comisión establece claramente que la medida implica el uso de recursos del Estado, ya que supone la renuncia a ingresos tributarios por parte de la Hacienda Pública española. Curiosamente, por parte de algunos expertos fiscales españoles, se ha precisado que desde que esta medida se ha puesto en marcha, la recaudación final del impuesto de sociedades en España ha aumentado a un ritmo cercano a un 20 por 100 anual. Con independencia de la veracidad de estas cifras, lo que ponen de manifiesto las autoridades comunitarias es que bastaría la mera renuncia a dichos ingresos fiscales —los que cabría obtener si no existiera esta deducción— para entender que hay recursos estatales implicados y que por lo tanto se cumple el primer elemento del art. 87 (TCE).



Por lo que se refiere al elemento relativo a la existencia de una *ventaja económica*, el razonamiento de partida es muy sencillo: debe probarse que el régimen aquí analizado constituye una excepción a la aplicación del sistema fiscal español. Lógicamente —según precisa la comunicación que hemos analizado más arriba— para realizar esta comparativa habría que definir el régimen fiscal en cuestión, decidir si hay una ventaja y si tal ventaja podría estar justificada por los principios básicos o fundacionales del régimen fiscal mencionado. Como ya se ha puesto de manifiesto, la ventaja proporcionada consiste —según la Comisión Europea— en una reducción fiscal que es proporcional a una parte del precio de adquisición pagado por la participación comprada. La intensidad de la ventaja dependería del tipo del impuesto aplicable a la empresa en los años correspondientes y del tipo de interés de descuento. Respecto a este punto, las autoridades españolas han argumentado que la ventaja fiscal que resulta de la amortización del fondo de comercio se recuperaría en el momento de la venta de las participaciones adquiridas previamente. Sin embargo, eso no obsta para que pueda afirmarse que el régimen proporciona una ventaja temporal en el momento de la adquisición de empresas extranjeras y que sus beneficiarios pueden aplazar el pago de una parte del impuesto al que de otro modo estarían inmediatamente sujetos.

La Comisión considera igualmente que el régimen en cuestión es una excepción al régimen general contenido en el art. 12.3 (TRLIS), que sólo permite la deducción parcial de las participaciones nacionales y extranjeras por las depreciaciones ocurridas entre el inicio y el cierre de cualquier ejercicio fiscal. Es más, la Comisión considera que la medida en cuestión se sale del alcance ordinario del sistema español del impuesto de sociedades y no está vinculada realmente al objetivo de evitar la doble imposición, previsto en el art. 21 (TRLIS).

La decisión comunitaria también hace hincapié en que según los principios contables españoles, en el caso de empresas no combinadas (o sea, aquellas que no son objeto de fusión), el fondo de comercio sólo puede computarse en abstracto consolidando las cuentas de la empresa participada con las de la empresa que posee la participación. Sin embargo, esta consolidación de cuentas sólo es posible en algunas situaciones para presentar la situación global de un grupo de empresas sujetas a control unitario. En estos casos limitados, se consolidan las cuentas de cualquiera de las empresas controladas del grupo —no sólo las de las empresas extranjeras participadas directamente— y se tiene en cuenta todo el activo y el pasivo y no únicamente el fondo de comercio financiero. También en este campo, por lo tanto, cabe apreciar una excepción a las normas contables ordinarias españolas.

Por lo que se refiere al tercer elemento, el *favorecimiento de determinadas empresas o producciones (selectividad de la medida)*, para que una medida constituya ayuda lo verdaderamente importante es que las empresas hipotéticamente beneficiarias pertenezcan a una categoría específica determinada por la aplicación, de hecho o de derecho, de los criterios pre-

vistos en el régimen analizado. En reiterada jurisprudencia comunitaria se ha puesto de manifiesto que la selectividad que debe perseguirse puede ser tanto de carácter material (Sentencia del TJUE 8 de noviembre de 2001 asunto *Adria-Wien*), como regional (Sentencia del TJUE 6 de septiembre de 2006 asunto *Azores*) o temporal.

La Comisión estima que las medidas en cuestión parecen selectivas en la medida en que proporcionan ventajas reservadas a empresas que realizan inversiones de explotación en empresas extranjeras que realizan actividades económicas en el extranjero. Sin embargo, no se conceden las mismas ventajas para las inversiones similares en empresas españolas. En su decisión, la Comisión alega la jurisprudencia del TJUE en virtud de la cual una reducción fiscal que favorece únicamente la exportación de productos nacionales constituye ayuda de Estado. Esto mismo está recogido también en la comunicación de 1998 ya comentada más arriba<sup>13</sup>.

Tampoco entendió la Comisión que se pudiera aceptar la justificación alegada por parte de las autoridades españolas, según la cual se estaría ante un mecanismo para evitar la doble imposición de los futuros dividendos que se gravarían cuando se realizaran los futuros beneficios y que no deberían ser gravados dos veces cuando se reparten a la empresa que posee una participación significativa por cuya adquisición se pagó el fondo de comercio financiero. Y es que el régimen en cuestión no requiere en modo alguno que dichos beneficios actuales o futuros estén gravados efectivamente en España para poder amortizar el fondo de comercio financiero, tal como se establece en el art. 89 (TRLIS). Lo que es más, el régimen no establece ninguna condición para probar que se ha gravado efectivamente al vendedor por el beneficio resultante de la transferencia de la participación, aunque esta condición se haya impuesto para amortizar el fondo de comercio que sea fruto de una combinación entre empresas en España.

En cuanto al tratamiento diferenciado de las adquisiciones de participaciones extranjeras y nacionales, la Comisión observa —en línea con la jurisprudencia del TJUE<sup>14</sup>— que si bien las normas comunitarias de armonización están incompletas en muchos aspectos, ya facilitan las fusiones transfronterizas y el hecho de que dichas normas de armonización estén inacabadas no debería justificar medidas como la española. A este respecto, las autoridades comunitarias señalan que el hecho de que el fondo de comercio que procede de la adquisición de participaciones nacionales no pueda amortizarse, mientras que la amortización de las empresas extranjeras sí se amortizaría cuando cumpla determinados requisitos; es una cuestión que no es necesaria ni proporcional para garantizar el logro de los objetivos de neutralidad supuestamente perseguidos por el régimen fiscal español.

---

<sup>13</sup> Comunicación de la Comisión Europea relativa a la aplicación de las normas sobre ayudas estatales a las medidas relacionadas con la fiscalidad directa de las empresas, *DOUE*, de 10 de diciembre de 1998, C384 (1998), párrafo 18.

<sup>14</sup> Sentencia del TJUE 13 de diciembre de 2005 en el asunto C-411/03 *SEVIC systems*.



Para intentar comprender mejor el razonamiento de las autoridades comunitarias en este caso, quizás es interesante observar cómo han sido totalmente diferentes las consideraciones realizadas por la Comisión en un caso español posterior al que aquí estamos analizando pero que comparte buena parte de su problemática. Nos referimos a la ayuda notificada N 480/07 (reducción del impuesto sobre activos intangibles); en la misma se contemplaba una reducción del 50 por 100 sobre los ingresos procedentes de ciertos activos intangibles, de forma que al reducirse dichos ingresos se reducía la base impositiva del impuesto de sociedades. De esta forma, evidentemente, el impuesto a pagar será de menor cuantía. Pues bien, en este caso la Comisión entendió que la medida no era selectiva por cuanto existía un número indeterminado tanto de sectores como de empresas a los que la medida podría ir dirigida. Es más, según las autoridades comunitarias, las condiciones concretas de aplicación parecen justificarse por la lógica del sistema tributario español. Según las autoridades españolas, en la empresa beneficiaria tendrá que existir una actividad previa de investigación y desarrollo que dé lugar a los activos intangibles para poder aplicar esta medida. Por todos estos motivos, en su decisión final, la Comisión Europea ha llegado a la conclusión de que la medida en cuestión no reunía los elementos necesarios para ser considerada ayuda de Estado.

Por último, por lo que se refiere al requisito del *falseamiento de la competencia y los intercambios comerciales*, se trataría del elemento que más claramente podría explicarse ya que bastaría que el beneficiario compita en un mercado abierto a la competencia, como es claramente el caso. La Comisión considera que al conceder una ventaja económica a las empresas residentes en España que se dedican a la adquisición de una participación significativa en empresas extranjeras, el régimen puede falsear la competencia en el mercado de la adquisición de empresas europeas<sup>15</sup>, situando a los competidores no españoles en una clara desventaja.

En resumen, habida cuenta de lo anteriormente mencionado, según la Comisión Europea, parece desprenderse que el régimen en cuestión proporcionaría un incentivo fiscal que se desvía del ámbito ordinario de los sistemas contable y tributario aplicables en España, sin que tal excepción encuentre su justificación en la naturaleza del sistema fiscal. Asimismo, tal incentivo parece ser de exclusiva aplicación a determinadas inversiones en el extranjero y puede por tanto afectar a la competencia y a los intercambios entre Estados miembros de forma tal que está prohibido por la normativa de ayudas estatales, tal y como ha aclarado la jurisprudencia pertinente.

## B. COMPATIBILIDAD DE LA AYUDA CON EL DERECHO COMUNITARIO

Una vez realizado el análisis de los elementos determinantes de la existencia de una ayuda de Estado, cabe plantearse si la misma es a pesar de

<sup>15</sup> Mercado que desde luego es como mínimo «llamativo» y que quizás debía haber sido objeto de una justificación mayor.

todo compatible con el ordenamiento comunitario. Partimos del art. 87.2 y 3 (TCE), que precisa lo siguiente:

- «2. Serán compatibles con el mercado común:
  - a) las ayudas de carácter social concedidas a los consumidores individuales, siempre que se otorguen sin discriminaciones basadas en el origen de los productos;
  - b) las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional;
  - c) *las ayudas concedidas con objeto de favorecer la economía de determinadas regiones de la República Federal de Alemania, afectadas por la división de Alemania, en la medida en que sean necesarias para compensar las desventajas económicas que resultan de tal división.*
3. Podrán considerarse compatibles con el mercado común:
  - a) las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo;
  - b) las ayudas para fomentar la realización de un proyecto importante de interés común europeo o destinadas a poner remedio a una grave perturbación en la economía de un Estado miembro;
  - c) las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común;
  - d) las ayudas destinadas a promover la cultura y la conservación del patrimonio, cuando no alteren las condiciones de los intercambios y de la competencia en la Comunidad en contra del interés común;
  - e) las demás categorías de ayudas que determine el Consejo por decisión, tomada por mayoría cualificada, a propuesta de la Comisión».

En este sentido, no parece que haya discusión entre las autoridades comunitarias y españolas a la hora de interpretar cuál de los apartados anteriores podría justificar su compatibilidad. Casi por eliminación, parece que la discusión podría centrarse en el art. 87.3.c) (TCE), que se refiere a las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas actividades o de determinadas regiones económicas, siempre que no alteren las condiciones de los intercambios en forma contraria al interés común.

Sin embargo, la Comisión Europea estima que las ventajas fiscales que aquí se han analizado no están relacionadas con inversiones específicas que puedan acogerse a las directrices comunitarias en la materia, si no más bien parecen constituir una reducción de los costes que en situaciones normales deberían soportar las empresas, es decir, que serían ayudas de funcionamiento. Como ya hemos visto en la comunicación citada y según recoge la práctica comunitaria, esta ayuda no puede considerarse compatible, ya que no facilita el desarrollo de determinadas actividades ni de determinados ámbitos económicos, y los incentivos en cuestión no están limitados en el



tiempo, ni se reducen progresivamente ni son estrictamente proporcionales respecto a lo que sería necesario para remediar una desventaja económica específica en los ámbitos en cuestión.

## 6. LA VISIÓN DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS

En la documentación de respuesta enviada por parte de las autoridades españolas, el régimen fiscal del art. 12.5 (TRLIS) *se justificaría, principalmente, por la propia naturaleza del sistema tributario y contable en general y por la aplicación del principio de neutralidad impositiva en particular*. Esto es así por cuanto el régimen analizado vendría a equiparar el tratamiento fiscal de las adquisiciones directas e indirectas de fondos de comercio, por un lado, como es y era el caso en la reglamentación contable incluso antes de la introducción del art. 12.5 en el Impuesto sobre Sociedades y, por otro lado, equipararía el tratamiento fiscal en los supuestos de adquisición de participaciones en entidades españolas y de participaciones en entidades no residentes. Por todo esto, el art. 12.5 debería entenderse como una medida técnica justificada para asegurar una coordinación apropiada entre los sistemas contables y fiscales.

De este modo, en la respuesta de las autoridades españolas se explica que el art. 12.5 del TRLIS pretende proporcionar un tratamiento fiscal equivalente al fondo de comercio incorporado en el valor de adquisición de la participación en el capital de una sociedad con el fondo de comercio adquirido directamente con los activos de la entidad objetivo, tal y como prevé el art. 11.4 del TRLIS para la deducción de la amortización del fondo de comercio directo. El razonamiento que subyace detrás es que en el sistema tributario español el coste de adquisición de los activos necesarios para el desarrollo de una actividad empresarial (incluido el fondo de comercio adquirido) debería ser deducible en la base imponible por el Impuesto sobre Sociedades con independencia de que la sociedad adquirente se haga con los activos de la sociedad directamente o las participaciones en el capital de la sociedad que posee los activos.

Asimismo, de acuerdo con la respuesta de las autoridades españolas, antes de la introducción del art. 12.5 el fondo de comercio financiero solamente podía amortizarse con efectos fiscales en aplicación del art. 89 del capítulo VIII (régimen especial de las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de valores del TRLIS). De conformidad con dicho artículo, en el supuesto de que se produzca una fusión entre dos sociedades y que la sociedad adquirente participe en al menos un 5 por 100 en el capital de la sociedad absorbida, el importe positivo de la diferencia entre el coste de adquisición de la participación y el valor de mercado de los activos de la sociedad absorbida podía ser fiscalmente deducido de la base imponible siempre que se cumplan el resto de requisitos (que en esencia exigen que la transmisión de la participación haya tributado efectivamente).

La lógica de este régimen —según las autoridades españolas— reside en evitar la doble imposición económica puesto que la deducción del coste

pagado por la adquisición compensaría el coste fiscal sobre la ganancia patrimonial soportado por el transmitente de la participación, de forma que no se puede considerar que constituya una ventaja fiscal. De este modo, el art. 12.5 del TRLIS estaría justificado con el objetivo de posibilitar también la deducción del fondo de comercio en el supuesto de adquisiciones en entidades no residentes que en principio no podrían beneficiarse de la aplicación del art. 89 del TRLIS y asegurar así una igualdad de trato a operaciones sustantivamente equivalentes (la adquisición de participaciones de al menos el 5 por 100 en una entidad no residente y la fusión entre dos sociedades residentes en España con una participación en la absorbida de al menos un 5 por 100).

Pero además, el régimen fiscal previsto en el 12.5 —en opinión de las autoridades españolas— también persigue evitar supuestos de doble imposición económica internacional. Así se obtienen los mismos efectos en la amortización fiscal del fondo de comercio financiero por la adquisición de una participación relevante en una entidad no residente que a través del régimen especial previsto en el art. 89 del TRLIS.

Particularmente sorprendentes han sido los comentarios recogidos en ciertos artículos de opinión de la prensa española en los que se hacía hincapié en que estas facilidades de amortización no fueron un factor decisivo a la hora de que las empresas españolas decidieran dar el paso y lanzarse a la compra de entidades extranjeras. Y ha sido llamativo sobre todo por el pretendido efecto incentivador<sup>16</sup> que debería reunir toda ayuda de Estado, al menos toda ayuda de corte no fiscal. Es decir, si las empresas beneficiadas por la exención fiscal respondieran que la decisión de invertir en el extranjero se habría realizado de cualquier forma aunque no se hubiera podido amortizar dicho fondo de comercio, las autoridades españolas deberían reflexionar acerca del correcto diseño de su política fiscal porque en ese caso el efecto de incentivo de dicha medida sería muy cuestionable.

En definitiva, estaríamos ante un fondo de comercio deducible (aunque con evidentes limitaciones de aplicación) que si bien es verdad que fomenta la internacionalización de las empresas españolas también es verdad que no restringe sus efectos a las mismas sino que se aplicaría en función de un estricto criterio de residencia fiscal, abierta pues a las empresas de terceros países que opten por su establecimiento en territorio español.

## 7. CONSIDERACIONES FINALES

Dado que todavía no se conoce la decisión definitiva de la Comisión Europea, que por cierto puede adoptar alguna de las formas previstas en los

---

<sup>16</sup> A modo de ejemplo se pueden citar las directrices sobre las ayudas de Estado de finalidad regional 2007-2013 (*DOUE C 54/13*, de 4 de marzo de 2006, párrafo 38) o en lo que se refiere a las ayudas exentas de notificación previa, el proyecto de Reglamento de exención por categorías (art. 8), todavía no publicado porque no ha entrado en vigor.



apartados 2, 3 y 4 del art. 4 (Reglamento 659/99/CE): *a*) una decisión en la que se manifieste que la medida en cuestión no constituye ayuda; *b*) una decisión de no formular objeciones, ya que se entiende que la medida es compatible con el ordenamiento comunitario; *c*) una decisión que establezca condiciones para que la ayuda pueda ser considerada compatible; *d*) una decisión que declara que la ayuda no es compatible con el ordenamiento comunitario y que por tanto no puede ser ejecutada; es quizás aventurado realizar una valoración general de todo lo aquí expuesto.

Sin embargo, adelantándonos a esa situación consideramos que se pueden realizar ya algunas consideraciones:

1. El hecho de que no exista una armonización de la fiscalidad directa de las empresas en todos los Estados miembros de la Unión Europea es una de las mayores restricciones a la competencia intracomunitaria que pueda ser imaginada. De nada sirve que se impongan fuertes restricciones a los mismos en materia de control de ayudas de Estado cuando después la soberanía fiscal permite que los tipos impositivos del impuesto sobre sociedades sean muy diferentes. Con ello, no queremos decir que el caso en cuestión sea un supuesto de política fiscal de estricta competencia nacional sin que exista afectación a las normas de ayudas de Estado, sino que entendemos que no tiene sentido centrarse exclusivamente en la persecución de estas prácticas —aunque cuando sean de dudosa legalidad— cuando no hay una cesión de soberanía vía Derecho originario en ese otro campo que consideramos de vital importancia.

Si la ratificación del Tratado de Lisboa ha resultado fallida en la República de Irlanda ha sido entre otros muchos motivos por la creencia de los votantes —equivocada o no— de que con el nuevo Tratado se estaba poniendo en riesgo su soberanía fiscal, y más en concreto su especialmente ventajoso tipo del impuesto de sociedades, y lo que es más grave, que consiguiendo que venciera el NO al Tratado se recibirían nuevas compensaciones económicas como las que se recibieron con el Tratado anterior. Creemos que no deberían permitirse este tipo de conductas que son en esencia anticompetitivas y que ha llegado el momento de que primero se afronte una auténtica armonización legal en materia fiscal, sin que eso implique que se levante la mano con respecto a las supuestas ayudas fiscales ilegales.

2. Con independencia del resultado final del procedimiento de investigación formal abierto por la Comisión Europea, este régimen fiscal podía y debía haber sido objeto de notificación a las autoridades competentes comunitarias. Es más, los impresos electrónicos de notificación que deben ser utilizados para realizar las preceptivas notificaciones contemplan entre los distintos supuestos relativos a la naturaleza de la misma la relativa a «las medidas que no constituye una ayuda pero que se notifican a la Comisión para mayor seguridad jurídica». Es precisamente este último principio —el de seguridad jurídica— un elemento que se antoja fundamental.

Evidentemente, esa valoración inicial que el Estado miembro realizara —acerca de que la medida en cuestión no constituye ayuda— no es vinculante para las instancias europeas pero sí que supone un importante punto de partida. De lo contrario, si el Estado miembro no persigue hasta sus últimas consecuencias dicho principio, se desprenderían importantes riesgos, pudiendo causar mucho daño a sus propias empresas si finalmente la medida es denunciada por terceros afectados, como ha sido el caso.

Un ejemplo de lo que puede considerarse una prueba de que hay propósito de enmienda por parte de las autoridades españolas es que hace apenas unos meses se ha notificado —con la preceptiva cláusula de suspensión de efectos hasta que recaiga la decisión comunitaria— una medida fiscal también relacionada con el Impuesto de Sociedades (art. 23 del TRLIS) en relación con una reducción sobre activos intangibles<sup>17</sup>. En una decisión recientemente publicada, la Comisión consideró que la medida no era constitutiva de ayuda de Estado al no reunir el requisito de selectividad. Éste debe ser sin duda el camino a seguir en el futuro.

3. Por último, lo que tampoco parece aceptable es que la Comisión Europea haya tardado casi seis años en poner en marcha un procedimiento de investigación en relación con la medida aquí objeto de análisis. Es verdad que la medida en cuestión no fue notificada formalmente a Bruselas pero —como se ha puesto de manifiesto al principio de este artículo— la Comisión Europea fue interrogada en sede parlamentaria en repetidas ocasiones sin que, sólo muy al final del proceso, se decidiera a intervenir. Cabe recordar en este punto que el art. 14.1 (Reglamento 659/99/CE sobre disposiciones de aplicación del art. 88 TCE) establece que la Comisión no exigirá la recuperación de la ayuda si ello fuera contrario a un principio general de Derecho comunitario. Con arreglo a la práctica del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y de la propia Comisión, si una actuación ha generado la legítima confianza en el beneficiario de una medida de ayuda de que la misma ha sido concedida de conformidad con el ordenamiento aplicable, una orden de recuperación supone una violación de un principio general de Derecho comunitario<sup>18</sup>. Serán las empresas directamente perjudicadas las que deberán acreditar la misma con todos los medios de prueba de los que dispongan.

---

<sup>17</sup> Ayuda N 480/07 (*DOUE C/80/1*, de 1 de abril de 2008): como ya se ha puesto de manifiesto a lo largo del texto, la medida en cuestión se refería a una reducción del 50 por 100 sobre los ingresos procedentes de ciertos activos intangibles, de forma que al reducirse dichos ingresos se reducía la base impositiva del impuesto de sociedades. De esta forma, evidentemente, el impuesto a pagar era de menor cuantía.

<sup>18</sup> Puede citarse un caso español al respecto: ayuda C 48/2001 relativa al régimen de ayudas concedidas a los centros de coordinación de Vizcaya; decisión de la Comisión de 22 de agosto de 2002 (*DOUE*, 6 de febrero de 2003), la ayuda fue declarada incompatible pero se reconoció legítima confianza.





# LOS PRECIOS EXCESIVOS COMO ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO: EL CASO CANARIAS DE EXPLOSIVOS

Joaquín LÓPEZ VALLÉS\*

Subdirección de Servicios, Dirección de Investigación  
Comisión Nacional de la Competencia

## 1. INTRODUCCIÓN

Los precios elevados son la manifestación más directa del ejercicio de poder de mercado de la empresa dominante. Cualquier manual básico de economía muestra cómo el monopolista racional establece precios superiores a los competitivos, a resultas de lo cual la cantidad de producto intercambiada en el mercado es menor, se trasvasa bienestar de los consumidores al productor y el bienestar global se reduce.

Pese a que el Tratado de la Comunidad Europea prohíbe la aplicación de precios excesivos por las empresas dominantes, los precedentes comunitarios de este tipo de casos son muy escasos. Incluso, se ha argumentado que en los casos en los que se ha llegado a sancionar este tipo de conducta, no se han sancionado los precios por ser elevados, sino por segmentar el mercado<sup>1</sup>. Las legislaciones nacionales de los Estados miembros también contemplan la prohibición de las prácticas unilaterales de precios excesivos, aunque lo cierto es que los precedentes tampoco son muy abundantes.

Algunos autores<sup>2</sup> consideran que el enfoque es, por tanto, paradójico: mientras que en los abusos exclusionarios se otorga una creciente importancia a la protección de los consumidores, se «evita» intervenir en los

---

\* El autor es el único responsable de las opiniones vertidas en este artículo, que en ningún caso suponen la posición institucional de la Dirección de Investigación ni de la Comisión Nacional de la Competencia.

<sup>1</sup> WAHL argumenta que en *General Motors* (ECR 1975, p. 1367) y *British Leyland* (ECR 1986, p. 3263), lo que en realidad se prohíbe es la restricción de importaciones paralelas. N. WAHL (2007), «Exploitative high prices and European competition law - a personal reflection», en *The Pros and Cons of High Prices*, Swedish Competition Authority.

<sup>2</sup> B. LYONS (2007), «The Paradox of the Exclusion of Exploitative Abuse», en *The Pros and Cons of High Prices*, Swedish Competition Authority.



casos de precios excesivos, que, no obstante, afectan de un modo directo e inmediato al bienestar de los consumidores.

La escasez de precedentes sobre precios excesivos tiene mucho que ver con las dificultades prácticas para acreditar su existencia o a la falta de voluntad de perseguirlos. De hecho, el interesante e intenso debate doctrinal sobre la idoneidad de perseguir las prácticas de precios excesivos y sobre la manera de hacerlo, surgido al hilo de la elaboración de las directrices de la Comisión Europea sobre la aplicación del art. 82 del Tratado, demuestra que las posiciones al respecto no son, ni mucho menos, unánimes.

En este contexto, la reciente Resolución del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) en el caso *Canarias de Explosivos*<sup>3</sup> contribuye, sin duda, a clarificar este debate. La Resolución es importante porque reconoce la indudable función de los precios elevados para la autorregulación del mercado, pero también reconoce la necesidad de intervenir cuando el mercado no sea capaz de hacer uso de las señales de unos precios elevados.

Los hechos son los siguientes. El 2 de febrero de 2005 se presentó una denuncia contra la empresa Canarias de Explosivos (CESA) por abuso de posición de dominio por la imposición de precios y otras condiciones comerciales no equitativas en la venta de explosivos de uso civil en Canarias. CESA era, desde hacía décadas, el único distribuidor de explosivos autorizado para la distribución en las Islas Canarias. Era, asimismo, arrendatario de todos los depósitos comerciales de explosivos de uso civil en Canarias, propiedad de la empresa MAXAM, a la que, además, adquiría los explosivos. Los explosivos de uso civil se utilizan para voladuras en minería y en obra pública, y su demanda estaba muy ligada a la evolución de esta última. Tras examinar la estructura del mercado y los precios de CESA en Canarias, el Consejo de la CNC concluyó que CESA había cometido un abuso de posición de dominio por la imposición de precios excesivos.

El objetivo de este artículo es presentar el estado del debate sobre los precios excesivos, analizar las diferentes posturas que se han planteado y cómo contribuye la Resolución de *Canarias de Explosivos* al debate. La exposición se divide en dos secciones. En la primera, se trata de responder a la pregunta de si se deben perseguir los precios excesivos, teniendo en cuenta los argumentos que se han presentado a favor y en contra. En la segunda sección, se trata de abordar el problema práctico de cómo evaluar este tipo de prácticas.

## 2. ¿SE DEBEN PERSEGUIR LOS PRECIOS EXCESIVOS?

El art. 82 del Tratado de la Comunidad Europea prohíbe los precios «no equitativos» ejercidos desde una posición de dominio. Ya en 1971, en

---

<sup>3</sup> Resolución de 12 de febrero de 2008 (Expte. 626/07, *Canarias de Explosivos*).

*Sirena*<sup>4</sup>, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (en adelante, TJCE) reconoció la posibilidad de perseguir los precios injustificadamente elevados. Desde entonces, sólo ha habido tres casos en los que el TJCE se haya pronunciado sobre la aplicación de precios excesivos: *General Motors*<sup>5</sup> (1975), *United Brands*<sup>6</sup> (1978) y *British Leyland*<sup>7</sup> (1986), además de varias cuestiones prejudiciales.

En España, el art. 2 de la Ley de Defensa de la Competencia<sup>8</sup> (en adelante, LDC) también prohíbe los precios «no equitativos» ejercidos desde una posición de dominio. Los precedentes son, también, relativamente escasos, si bien en los últimos años se han producido varias Resoluciones sobre precios abusivos en el sector eléctrico<sup>9</sup>, en relación con derechos de propiedad intelectual<sup>10</sup> y a explosivos<sup>11</sup>.

#### A. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DE LA INTERVENCIÓN

En un marco estático y sin fallos de mercado, el precio competitivo asegura la maximización del bienestar social. El precio competitivo se determina por la intersección de la curva de demanda y la curva de coste marginal, de manera que la valoración para los consumidores de la última unidad intercambiada iguala el coste de producirla. Desde esta perspectiva estática, todo precio distinto del competitivo reduce netamente el bienestar social: si el precio es inferior al competitivo, los productores tendrán pérdidas; si el precio es superior al competitivo, habrá consumidores dispuestos a pagar más de lo que costaría producir una unidad adicional que quedarán excluidos del mercado.

Por tanto, si solamente se tuvieran en cuenta los efectos estáticos, no cabe duda de que los precios excesivos deberían ser perseguidos por las autoridades de competencia. Ahora bien, unos precios superiores a los competitivos, que a corto plazo son ineficientes, pueden tener consecuencias dinámicas positivas.

Los precios elevados señalan a las empresas una oportunidad de hacer beneficio. Así, los mercados con precios elevados tenderán a autocorregir-

<sup>4</sup> Sentencia de 18 de febrero de 1971 en el asunto 40/70, *Sirena S.r.l. v. Eda S.r.l. and others*, ECR 1971, p. 69.

<sup>5</sup> Sentencia de 13 de noviembre de 1975 en el asunto 26/75, *General Motors Continental NV v. Commission*, ECR 1975, p. 1367.

<sup>6</sup> Sentencia de 14 de febrero de 1978 en el asunto 27/76, *United Brands Company and United Brands Continental BV v. Commission*, ECR 1978, p. 207.

<sup>7</sup> Sentencia de 11 de noviembre de 1986 en el asunto 226/84, *British Leyland Limited Company v. Commission*, ECR 1986, p. 3263.

<sup>8</sup> Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

<sup>9</sup> Resoluciones de 7 de julio de 2004 (Expte. 552/02, *Empresas Eléctricas*), de 28 de diciembre de 2006 (Expte. 602/05, *Viesgo Generación*), de 8 de marzo de 2007 (Expte. 601/05, *Iberdrola Castellón*), de 14 de febrero de 2008 (Expte. 624/07, *Iberdrola Castellón*) y de 25 de abril de 2008 (Expte. 625/07, *Gas Natural*).

<sup>10</sup> Resolución de 13 de julio de 2006 (Expte. 596/05, *Televisión*).

<sup>11</sup> *Res. cit.*, *Canarias de Explosivos*.



se porque las empresas entrantes aumentarán la producción hasta devolver los precios a su nivel competitivo. En este sentido, la intervención ante unos precios elevados puede resultar contraproducente, porque distorsiona la eficacia de este mecanismo autocorrector del mercado.

Igualmente, los precios elevados actúan como una recompensa para las empresas que han logrado una posición de dominio porque han invertido más o mejor o han sido más eficientes que sus rivales. Las empresas estarán dispuestas a invertir, a innovar y a asumir riesgos en la medida en la que sepan que sus esfuerzos se verán recompensados. La intervención limitando unos precios elevados puede, en estos casos, tener un efecto desincentivador y ser perjudicial para la sociedad.

No obstante, lo anterior no ocurre siempre. Hay ocasiones en las que los precios elevados no atraen a empresas al mercado, normalmente por la existencia de barreras a la entrada o a la expansión o por problemas de información, o son altos sin estar recompensando un esfuerzo competitivo previo. En estas ocasiones, los precios elevados perjudican a la sociedad sin dar nada a cambio.

Por otra parte, los consumidores no estarán siempre dispuestos a asumir una pérdida de bienestar a corto plazo ante la perspectiva de unos beneficios futuros (menores precios, mayor calidad, mayor variedad o nuevos productos) que pueden ser bastante inciertos. En particular, esto ocurre cuando los beneficios de bienestar futuros son muy inciertos o muy pequeños, cuando el futuro es percibido como muy lejano o la tasa de preferencia por el presente es muy intensa o cuando los consumidores perjudicados «hoy» no son los mismos que los que se beneficiarán «mañana».

Por lo tanto, la intervención de las autoridades de competencia ante un potencial abuso por precios excesivos: *i)* debe ponderar el bienestar futuro y el bienestar presente, *ii)* debe valorar la capacidad de autocorrección del mercado y *iii)* debe tratar de no desincentivar la inversión, la innovación y la asunción de riesgos empresariales.

Los dos primeros requisitos están íntimamente relacionados. Cuanto más rápido se corrija el mercado ante una desviación de precios de su nivel competitivo, más probable es que el daño causado por los precios elevados sea escaso. Pero hay otras consideraciones. El daño ocasionado por unos precios elevados es mayor cuanto más inelástica sea la demanda del producto y cuanto mayor sea el poder de mercado de la empresa o empresas que fijan precios. Por otra parte, toda intervención de las autoridades de competencia conlleva un coste, porque supone sustituir al mercado como mecanismo de asignación de recursos. Así, la intervención de las Autoridades de Competencia produce, como mejor resultado, un óptimo de segundo orden. Por tanto, en un marco ideal, la Autoridad de Competencia debería intervenir sólo cuando la pérdida de bienestar presente por la existencia de unos precios elevados fuera superior a la ganancia de bienestar futuro por la actuación de los mecanismos autocorrectores del mercado más el coste de la intervención.

El coste de la intervención en casos de precios excesivos es elevado por varias razones. Primero, porque la acreditación de precios excesivos es una tarea difícil, como se muestra en el epígrafe siguiente, y, como tal, puede suponer tener que utilizar muchos recursos. Segundo, porque toda intervención supone sustituir al mercado como mecanismo de asignación de recursos, lo cual, si no se hace de forma cuidadosa, puede provocar mayores ineficiencias que las que trata de solucionar. Y tercero, porque toda intervención desincentiva potencialmente el esfuerzo competitivo.

En efecto, el tercer requisito (no desincentivar la inversión) se opone a cualquier tipo de intervención, porque toda limitación de la capacidad de las empresas a fijar precios elevados reduce los incentivos de las empresas a esforzarse por obtener dicha capacidad. Ahora bien, sus efectos desincentivadores serán mayores en mercados dinámicos, con un alto nivel de inversión e innovación que en mercados maduros, con demanda estable y producto homogéneo, por lo que, si la intervención es capaz de distinguir por mercados o sectores, debería centrarse en estos últimos.

Por otra parte, cuanto menos predecible sea la actuación de las autoridades de competencia, mayores serán sus efectos desincentivadores. Si las empresas se enfrentan a un alto grado de incertidumbre sobre las consecuencias que tendrán sus decisiones sobre precios, establecerán o contarán con establecer precios inferiores a los que maximizarían sus beneficios, lo cual disminuirá el valor esperado de su esfuerzo competitivo. Por tanto, en la medida de lo posible, la intervención de las autoridades por precios excesivos debe seguir unas pautas claras y conocidas.

## B. EL ANÁLISIS DE LAS CONDICIONES ESTRUCTURALES EN EL CASO *CANARIAS DE EXPLOSIVOS*

La Resolución *Canarias de Explosivos* reconoce los peligros de la intervención ante los precios excesivos, pero acierta al considerar que existen ocasiones en las que los precios no funcionan como orientadores del mercado:

«El análisis económico nos dice que *no se deben considerar abusivos por se los precios por ser altos*. Las empresas tratan de hacer beneficio ofertando los productos a precios superiores a costes, que los consumidores estén dispuestos a pagar. Si hay consumidores dispuestos a pagar esos precios, habrá más empresas dispuestas a incrementar su *output*, a invertir y a innovar y el resultado incrementará el bienestar económico. Se trata de la esencia del funcionamiento del mecanismo de asignación de recursos del mercado. Si los precios son elevados pero hay o puede haber alternativas al alcance de los consumidores, el propio mercado moderará esos precios. La intervención en estos casos —prohibiendo un determinado nivel de precios o regulándolo— puede distorsionar la eficiencia dinámica y ser dañina.

No obstante, el legislador considera que *en ciertos casos los operadores pueden tener un poder de mercado tal que les permita cobrar unos pre-*



*cios que no cumplan esta función de orientar una solución eficiente en el mecanismo de asignación de recursos. Estaremos entonces ante precios abusivos, porque distorsionan la asignación de recursos sin promover la expansión del *output*, la entrada de nuevos operadores, la mejora de la relación calidad precio, el desarrollo de nuevos productos o evitando ajustes de capacidad»<sup>12</sup>.*

Por tanto, la intervención debe limitarse a aquellos casos en los que los precios no cumplan su función de orientar una solución eficiente en el mecanismo de asignación de recursos. ¿Y cuándo sucede esto? La Resolución establece unas condiciones «estructurales» en las que los precios elevados tienen una mayor probabilidad de ser abusivos<sup>13</sup>:

- i) Operador en posición monopólica o cuasi monopólica.
- ii) Demanda relativamente inelástica al precio.
- iii) Presencia de elevadas barreras a la entrada.
- iv) Posición no obtenida como resultado del mejor desempeño en el proceso competitivo.

Tal como se formula en la Resolución, estas condiciones hacen «muy probable» que los precios elevados sean abusivos. Por tanto, pueden entenderse como condiciones suficientes (con un alto grado de probabilidad). Para otros autores<sup>14</sup>, estas (y otras) son condiciones necesarias. Por tanto, parece adecuado examinar cada una de ellas para determinar su grado de idoneidad.

Las condiciones *i)* y *iv)* se refieren a la reducción de bienestar que producen los precios excesivos por cada unidad de tiempo en la que estén operativos. Un operador en posición de monopolio o cuasi monopolio puede fijar precios superiores a los competitivos. Siendo  $P$  el precio,  $C'$  los costes marginales de la empresa,  $X$  su cuota de mercado y  $e$  la elasticidad-precio de la demanda, el poder de mercado de una empresa viene dado por:

$$\frac{P - C'}{P} = \frac{X}{e}$$

Cuando la empresa es monopolista, su cuota de mercado es el 100 por 100. Por tanto, el margen que aplicará será:

$$\frac{P - C'}{P} = \frac{1}{e}$$

<sup>12</sup> *Res. cit., Canarias de Explosivos*, Fundamento de Derecho Noveno, cursiva añadida.

<sup>13</sup> Por razón de la exposición, las condiciones originales se han dividido en cuatro y se han reordenado. En la Resolución *Canarias de Explosivos*, las condiciones *i)* y *iv)* son una sola.

<sup>14</sup> Ver, por ejemplo, M. MOTTA y A. DE STREEL (2007), «Excessive Pricing in Competition Law: Never Say Never?», en *The Pros and Cons of High Prices*, Swedish Competition Authority; S. EVANS y A. J. PADILLA (2005), «Excessive Prices: Using Economics to Define Administrable Legal Rules», *Journal of Competition Law and Economics* 1(1).

Es decir, que el margen de los precios del monopolista sobre los costes marginales de producción (y, así, la pérdida de bienestar social y el daño a los consumidores) sólo está limitado por la elasticidad de la demanda.

Ahora bien, la exigencia de una situación de monopolio o cuasi monopolio limita en exceso la capacidad de intervención de la Autoridad de Competencia, y deja fuera del ámbito de intervención multitud de situaciones en las que los precios son dañinos para el bienestar. Toda situación de dominancia se caracteriza también, precisamente, porque la empresa dominante puede comportarse de manera independiente de las presiones competitivas de oferta, demanda y competencia potencial y fijar precios superiores a los competitivos, aunque, en principio, no tan altos como los que podría fijar, *ceteris paribus*, si fuera súper-dominante. Aun así, existen situaciones en las que, siendo sólo dominante, la empresa puede fijar un margen de monopolio. Por ejemplo, si las empresas competidoras de la empresa dominante tienen restricciones de capacidad, ésta se enfrenta a una demanda residual positiva (demanda menos capacidad de las competidoras) que puede monopolizar.

El criterio de monopolio es, obviamente, más estricto que el de dominancia. La ventaja del primero respecto al segundo es que el margen del monopolista será, en principio, mayor que el de la empresa dominante no monopolista, por lo que la intervención tendrá un menor error de tipo I (falsa imputación)<sup>15</sup>. Sin embargo, más allá de esta cautela, no parece que exista una razón clara para restringir el ámbito de aplicación de los abusos por precios excesivos a los casos de monopolio. Al contrario, existen, al menos, cuatro razones que favorecen el criterio de dominancia sobre el de monopolio. Primero, que no hay ninguna razón para pensar que una posición dominante pueda ser «destruida» por los potenciales competidores más fácilmente que una posición de monopolio, suponiendo que las barreras a la entrada en ambos casos son las mismas. Segundo, que los márgenes de la empresa dominante no monopolista pueden ser muy cercanos a los de la empresa monopolista y, por tanto, casi igual de dañinos para el bienestar. Tercero, que existe una «segunda línea» de contención de los errores tipo I: el test de determinación de si los precios son excesivos. Y cuarto, que cuanto más se restrinja la posibilidad de intervención de las Autoridades de Competencia por precios abusivos, más se incentiva este tipo de acciones por las empresas frente a otras clases de abusos explotativos<sup>16</sup>. Por tanto, la condición de monopolio o cuasi monopolio es suficiente, obviamente, pero es excesivamente restrictiva como condición necesaria para que pueda tener lugar la intervención.

La condición de demanda inelástica plantea un problema similar al anterior. Cuanto menor sea el grado de elasticidad de la demanda del producto de

<sup>15</sup> Para una descripción de los errores tipo I y tipo II, S. EVANS y A. J. PADILLA (2005), *op. cit.*

<sup>16</sup> Los precios elevados son una señal mucho más clara para los potenciales entrantes que otras clases de abusos explotativos, por lo que incentivar que los abusos se realicen mediante precios puede ser positivo. En contra de este argumento, los abusos de precios son más difíciles de perseguir para las autoridades de competencia.



que se trate, más probable es que los precios sean más elevados. Es decir, no hay duda de que cuanto mayor sea el grado de rigidez de la demanda, mayor será el poder de mercado de la empresa dominante, de manera que se puede argumentar que esta condición es suficiente, pero no necesaria. En todo caso, el grado de elasticidad de la demanda, junto con el grado de poder de mercado, son dos variables clave a tener en cuenta al valorar el abuso.

La presencia de elevadas barreras a la entrada, a diferencia de las anteriores, es una condición absolutamente necesaria para que se produzca la intervención. En su ausencia, más tarde o más temprano, el mercado se autocorregirá y devolverá el precio a un nivel más próximo al competitivo. Pero cuanto más elevadas sean las barreras, más tarde y peor funcionará el mecanismo autorregulador del mercado, y más probable es que las pérdidas de bienestar por los precios excesivos superen con creces los beneficios futuros de la autocorrección y justifiquen la intervención.

Finalmente, la condición de que la posición monopólica no haya sido obtenida como consecuencia de los méritos de la empresa excluye todas aquellas situaciones en las que el precio y el beneficio elevados son una recompensa por el mejor desempeño competitivo de la empresa. De esta forma, se asegura que la intervención no suponga un desincentivo de la inversión, la innovación o la asunción de riesgos.

Esta última condición plantea dos potenciales problemas. El primero es que deja fuera del ámbito de la intervención los casos en los que, tras la obtención de la posición de dominio gracias al esfuerzo competitivo, la empresa fija precios abusivos sin que el mercado sea capaz de poner coto a estos precios por la existencia de fuertes barreras a la entrada. En estas situaciones, una vez que la empresa ha obtenido su posición de dominio, tiene carta blanca para explotarla al máximo. Una condición que permitiría una mayor intervención de las autoridades consiste en evaluar si el esfuerzo competitivo llevado a cabo por la empresa es suficiente como para que se beneficie de unos precios elevados. El problema de este tipo de valoraciones es que la valoración del esfuerzo competitivo de la empresa que ha ganado la posición de dominio frente al beneficio que obtiene por tal posición se realiza *ex post*, mientras que la empresa realiza dicha valoración *ex ante*. Por ejemplo, si una empresa tiene suerte y consigue una patente con un mínimo de investigación, no puede verse más restringida en su capacidad de fijar precios que si le hubiera costado más tiempo o dinero desarrollarla.

El segundo problema de limitar la intervención sólo a las situaciones en las que la posición de dominio no haya sido obtenida por los propios méritos está relacionado con demostrar la falta de méritos propios de la posición de dominio. Las fuentes de dominancia «inmerecida» son<sup>17</sup>: *i*) posiciones de dominio creadas por Ley, *ii*) posiciones de dominio obtenidas por prácticas anticompetitivas (exclusionarias) no detectadas, y *iii*) posiciones de

---

<sup>17</sup> L. H. RÖLLER (2007), *Exploitative Abuses*, Business Brief No BB-107-002, European School of Management and Technology.

dominio obtenidas por prácticas anticompetitivas realizadas desde una posición de no dominio. Así como la primera fuente no plantea especiales problemas, la segunda y la tercera sí.

En la segunda fuente de dominancia «inmerecida», la carga para las Autoridades de Competencia se duplica: por un lado, hay que acreditar que se da el resto de condiciones estructurales y demostrar precios excesivos, y por otro, que la empresa dominante ha obtenido su posición de dominio por medio de prácticas anticompetitivas mal juzgadas o no detectadas en su momento<sup>18</sup>. Pero si las prácticas fueron mal juzgadas o no fueron detectadas en su momento, aparte de que la Autoridad se verá enfrentada a los mismos problemas que, en su día, le llevaron a no poder detectar correctamente el abuso, caben dos posibilidades. Si las prácticas exclusionarias no han prescrito, estos casos podrían tratarse de forma independiente de los abusos de precios excesivos y, dadas las dificultades inherentes a estos últimos, tendrán más visos de prosperar. De cualquier modo, tendrán que encontrarse nuevas pruebas que cambien los hechos sobre los que se juzgó, porque lo que no puede pretenderse es volver a juzgar sobre los mismos hechos. Si, por el contrario, las prácticas exclusionarias han prescrito, se estarían utilizando los precios excesivos para, *de facto*, alargar el periodo de prescripción. Otro problema en esta línea: ¿cuánto tiempo después de haber cometido el abuso no sancionado será la empresa susceptible de ser objeto de un caso de precios excesivos?

Respecto a la tercera fuente de dominancia «inmerecida», si la empresa obtuvo su posición de dominio mediante prácticas anticompetitivas ejercidas desde una posición no de dominio, la vía del art. 3 de la LDC en España parece la vía más correcta. Si el caso se juzgó mal o no se detectó y ha prescrito, se aplicarían las mismas consideraciones que en el caso anterior.

En suma, no parece viable que la Autoridad de Competencia tenga que demostrar que se han cometido dos abusos (uno exclusionario y otro abusivo) cada vez que se enfrente a un caso de precios excesivos. Por tanto, lo más lógico sería que la condición necesaria fuera asegurar, caso a caso, que no se sancionan precios abusivos cuando éstos están justificados por ser una recompensa a la inversión, la innovación o la asunción de riesgos empresariales. La única regla *per se* sería no intervenir en productos de carácter evidentemente innovador (patentes).

### 3. CÓMO VALORAR SI UN PRECIO ES EXCESIVO

#### A. PROBLEMAS DE VALORACIÓN

El primer test que se utilizó para la determinación del carácter abusivo de los precios es el de *United Brands*. En este caso, el TJCE estableció que

<sup>18</sup> En esta misma línea, LYONS (2007), *op. cit.*



la empresa dominante podía hacer uso de su posición de dominio para obtener unos beneficios que no habría podido obtener en una situación de competencia. Así, un precio sería abusivo cuando no tuviera una relación razonable con el «valor económico» del producto suministrado. Asimismo, el TJCE estableció que el exceso podía ser determinado objetivamente por la diferencia entre el precio y su coste de producción, entre otros métodos, y que tal exceso podía ser abusivo en sí mismo o al compararlo con otros productos competidores<sup>19</sup>.

El test de *United Brands*, en lo esencial, se ha seguido aplicando en los casos de precios excesivos, aunque tiene varios inconvenientes: no aclara qué se entiende por precio y por coste de producción, ni a partir de qué nivel de exceso se puede concluir que los precios son abusivos. Asimismo, el test deja la puerta abierta a otros criterios para determinar el abuso, pero no establece una jerarquía de criterios. Así, además de la comparación del precio del producto con su coste de producción, se han utilizado: la comparación de precios con los precios de la empresa en el pasado, la comparación de precios con los de otros productos competidores y la comparación con los precios de otros mercados. Todos estos criterios son criticables<sup>20</sup>.

El criterio de comparación de precios y costes plantea, a priori, algunos problemas. Primero, los costes económicos no coinciden con los contables. Segundo, los costes no tienen en cuenta el riesgo de la actividad, y la posibilidad de que se produzca un enorme éxito o un enorme fracaso; así, los costes *ex ante* no coinciden con los costes *ex post*. Tercero, la distribución de los costes comunes en empresas multiproducto puede tener cierto componente de aleatoriedad. Finalmente, la comparación entre precios y costes conlleva el problema de valorar qué nivel de margen puede considerarse aceptable, y si este nivel es el mismo para todos los mercados o puede variar en función del tipo de producto en cuestión.

Las comparaciones con otros precios o con otros mercados tampoco están exentas de problemas. Los fundamentales tienen que ver con la idoneidad de los precios externos para ser puntos de referencia, lo cual está relacionado con las diferentes estructuras de costes o de demanda, las diferencias de calidad y la existencia de problemas de competencia en los mercados o productos. Y finalmente, está el problema de determinar a partir de qué nivel el precio es excesivo.

## B. EL TEST DE PRECIOS EXCESIVOS EN EL CASO *CANARIAS DE EXPLOSIVOS*

Los problemas mencionados no son, sin embargo, insalvables. La Resolución de *Canarias de Explosivos* se basa en la aplicación de criterios

<sup>19</sup> *Sent. cit.*, *United Brands*, párrafos 248 a 253.

<sup>20</sup> Una visión global de la problemática de los costes puede verse en *The Pros and Cons of High Prices*, Swedish Competition Authority, 2007.

prudentes y conservadores para concluir, sin lugar a dudas, que se produjo un abuso.

a) *Satisfacción cumulativa de todos los criterios de comparación relevantes*

Cada criterio es, en principio, conclusivo de la existencia o no de un margen positivo, por lo que, para evitar errores de falsos positivos, parece lógico exigir el cumplimiento simultáneo de todos ellos. No obstante, esto no es dogmático: debe verificarse que los criterios son relevantes en cada caso concreto:

«Ningún criterio está exento de posibles críticas. Pero ello no necesariamente conduce a descartar todos los criterios. Se debe elegir en cada caso aquéllos que resulten más válidos, observar si de la comparación se deducen diferencias significativas y emplear el conjunto de criterios de manera complementaria para verificar si apuntan en la misma dirección de manera que las conclusiones resulten más consistentes»<sup>21</sup>.

b) *Criterio precio-coste*

La dificultad de las comparaciones precio-coste estriba en encontrar los valores adecuados. Por el lado del precio, el mayor problema consistía en determinar si los relevantes eran los precios tarifados o los precios efectivos, dado que la empresa concedía descuentos por volumen de ventas. El Consejo de la CNC consideró que dichos descuentos debían tenerse en cuenta.

Por el lado de los costes, la Resolución incluye en el cálculo no sólo los costes variables de la actividad, sino también los costes fijos y los costes comunes con otras actividades, en la medida en la que estuvieran afectos a la distribución de explosivos. Existen dos métodos para imputar los costes comunes a una actividad. El primero consiste en calcular en qué costes comunes incurriría un operador que solamente operase en el mercado investigado (operador hipotéticamente eficiente). El segundo consiste en calcular cuánto se reducirían los costes comunes de la empresa investigada si dejase de producir en el mercado investigado (operador igualmente eficiente).

El primer método sobreestima los costes comunes reales de la empresa, porque el operador hipotéticamente eficiente no aprovecha las economías de escala que tiene la empresa multiproducto. El segundo método, por el contrario, infraestima los costes reales, pues muchos costes son fijos para la

---

<sup>21</sup> Res. cit., *Canarias de Explosivos*, Fundamento de Derecho Noveno.



empresa multiproducto (por ejemplo, una empresa multiproducto mantendría a su director general aunque dejase de operar en un mercado). Si se pretende reducir los errores de falsos positivos<sup>22</sup>, lo más adecuado es utilizar los costes del operador hipotéticamente eficiente.

«A la hora de valorar si unos precios son excesivos hay que tener en cuenta un criterio de costes que reduzca la probabilidad de error. Se suele argumentar que procede usar un concepto de costes aislados (*stand-alone cost*), que incluye todos aquellos costes en que debe incurrir un operador eficiente para comercializar sólo ese producto. Esto supone que cabe incluir ciertos costes generales, aunque no es equivalente a decir que hay que considerar todos los costes generales de una empresa multiproducto, sean cuales fueren éstos. En sentido opuesto, no se está teniendo en cuenta que CESA es una empresa multiproducto que distribuye otros bienes, en particular, fertilizantes. Es más que probable que algunos costes que se imputan a los explosivos estén siendo compartidos entre diversos productos»<sup>23</sup>.

#### c) *Otros criterios de comparación*

La Resolución emplea otros criterios de comparación, además del de precio-coste, para verificar si llevan a la misma conclusión. Así, compara la evolución del precio de adquisición de las materias primas por la empresa investigada con la evolución de los precios de venta de ésta y la evolución de los precios de venta en Canarias y en la península (Fundamento de Derecho Duodécimo).

#### d) *Carácter inequitativo de los precios*

La Resolución (Fundamento de Derecho Decimotercero) constata también que los precios no son equitativos porque no guardan ninguna relación con las fuerzas del mercado. Asimismo, el carácter no equitativo de los precios vendría reforzado por la actuación ineficiente de CESA (Fundamento de Derecho Decimocuarto).

#### e) *Ausencia de justificaciones objetivas*

Finalmente, la Resolución reconoce que pueden existir determinados elementos que justifiquen un exceso de precios sobre costes u otros indicadores. Fundamentalmente, la retribución al esfuerzo inversor, la asunción

<sup>22</sup> La elección de uno u otro método depende de los objetivos que se persigan. Aquí, la elección del método del operador hipotéticamente eficiente permite que los márgenes positivos sean más seguros. El método del operador igualmente eficiente ha sido utilizado, por ejemplo, en la reciente Decisión de la Comisión Europea de 4 de julio de 2007 en el asunto COMP/38.784 (*Wanadoo España contra Telefónica de España*), precisamente con el mismo objetivo: minimizar el error de tipo I (falsa imputación).

<sup>23</sup> *Res. cit. Canarias de Explosivos*, Fundamento de Derecho Décimo.

de riesgos o la innovación (Fundamento de Derecho Noveno). Así, se examinan y descartan todos los posibles elementos que han podido suponer un incremento de costes: fundamentalmente, la evolución de la demanda y su relación con el aprovechamiento de economías de escala (Fundamento de Derecho Decimocuarto).

#### 4. CONCLUSIONES

La exposición comenzaba exponiendo lo paradójico que resulta que la intervención de las Autoridades de Competencia ante precios excesivos no resulten más frecuentes, habida cuenta que son, a priori, el abuso que más directamente reduce el bienestar de los consumidores. Tal paradoja no es tal si se tiene en cuenta que los precios elevados cumplen una función de orientación del mercado como mecanismo de asignación de recursos.

Sin embargo, las consideraciones dinámicas no excluyen que, en ocasiones, los precios no funcionen correctamente. A lo largo de la exposición se han examinado las diferentes condiciones que pueden servir de guía a las autoridades para la intervención. Doctrinalmente, se han propuesto múltiples tests para optimizar el resultado de la intervención. La única condición que resulta común a todas ellas es la existencia de barreras a la entrada que provoquen que el mercado no pueda reaccionar a las señales. No obstante, todos los tests reconocen que la intervención por precios excesivos no puede desincentivar las decisiones de inversión, innovación y asunción de riesgos empresariales.

La Resolución *Canarias de Explosivos* es especialmente cuidadosa al elegir un buen candidato para la intervención por precios excesivos. El mercado tiene un monopolista de oferta, que se enfrenta a una demanda rígida y no se ve sometido a ningún tipo de presión competitiva, porque está protegido por elevadas barreras de entrada. Además, su posición no ha sido obtenida como resultado de un esfuerzo competitivo. Como se ha argumentado, estas condiciones son suficientes para justificar la intervención, pero no estrictamente necesarias. La Resolución se muestra, también, muy cuidadosa al analizar el carácter abusivo de los precios, empleando todos los criterios de comparación existentes, en los que se escogen los supuestos más conservadores, y obteniendo resultados consistentes.

En definitiva, *Canarias de Explosivos* es un ejemplo perfecto de que las Autoridades de Competencia pueden y deben intervenir cuando el mercado no es capaz de autocorregirse.





## TERCERA PARTE

# DIRECCIONES DE INTERNET





## 1. UNIÓN EUROPEA

Alemania: Bundeskartellamt

<http://www.bundeskartellamt.de/>

Alemania: Monopolkommission

<http://www.monopolkommission.de/>

Austria: Bundeskartellanwalt

<http://www.bmj.gv.at/iustiz/content.php?nav=63>

Austria: Bundeswettbewerbshbehörde

<http://www.bwb.gv.at/BWB/default.htm>

Bélgica: Ministère des Affaires Economiques: Organisation du Marché

[http://www.mineco.fgov.be/organization\\_market/competition/home\\_fr.htm](http://www.mineco.fgov.be/organization_market/competition/home_fr.htm)

Bulgaria: Commission on Protection of Competition

<http://www.cpc.bg/public/index.php>

Chipre: Commission for the Protection of Competition

[http://www.competition.gov.cy/competition/competition.nsf/index\\_gr/index\\_gr?OpenDocument](http://www.competition.gov.cy/competition/competition.nsf/index_gr/index_gr?OpenDocument)

Dinamarca: Konkurrencestyrelsen

<http://www.ks.dk/>

Eslovaquia: Antimonopoly Office

<http://www.antimon.gov.sk/>

Eslovenia: Competition Protection Office

[http://www.sigov.si/uvk/index\\_eng.php](http://www.sigov.si/uvk/index_eng.php)

<http://www.uvk.gov.si/>

Estonia: Competition Board

<http://www.konkurentsiamet.ee>

España: Comisión Nacional de la Competencia

<http://www.cncompetencia.es/>

España: Agencia de Defensa de la Competencia de Andalucía

<http://www.juntadeandalucia.es/defensacompetencia/>

España: Dirección General de Defensa de la Competencia de la Generalitat de Catalunya

<http://www.gencat.cat/economia/ambits/politica/competencia/dgdc/index.html>



España: Tribunal Català de Defensa de la Competència  
<http://www.gencat.net/economia/tcdc/web/m0/main/index.html>

España: Tribunal Gallego de Defensa de la Competencia  
<http://www.tgdcompetencia.org/>

España: Tribunal para la Defensa de la Competencia de Castilla y León  
<http://www.jcyl.es/scsiau/Satellite/up/es/EconomiaEmpleo/Page/PlantillaN2DGTextoBuscadores/1157374121695///?asm=jcyl&tipoLetra=x-small>

España: Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid  
[http://www.madrid.org/cs/Satellite?idConsejeria=1109266187242&idListConsj=1109265444710&c=CM\\_AgrupadorP&pagename=ComunidadMadrid/Estructura&idOrganismo=1109266228977&pid=1109265444699&language=es&cid=1109266187242](http://www.madrid.org/cs/Satellite?idConsejeria=1109266187242&idListConsj=1109265444710&c=CM_AgrupadorP&pagename=ComunidadMadrid/Estructura&idOrganismo=1109266228977&pid=1109265444699&language=es&cid=1109266187242)

España: Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia  
<http://www.ogasun.ejgv.euskadi.net/r51-14593/es>

España: Servicio Vasco de Defensa de la Competencia  
[http://www.ogasun.ejgv.euskadi.net/r51-18959/es/contenidos/informacion/portada\\_svdc/es\\_psvdc/portada\\_svdc.html](http://www.ogasun.ejgv.euskadi.net/r51-18959/es/contenidos/informacion/portada_svdc/es_psvdc/portada_svdc.html)

Finlandia: Kilpailuvirasto  
<http://www.kilpailuvirasto.fi/cgi-bin/suomi.cgi>

Francia: Conseil de la Concurrence  
<http://www.conseil-concurrence.fr/user/index.php>

Francia: Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des fraudes  
[http://www.minefi.gouv.fr/directions\\_services/dgccrf/](http://www.minefi.gouv.fr/directions_services/dgccrf/)

Grecia: Hellenic Competition Commission  
<http://www.epant.gr/>

Holanda: Nederlandse Mededingingsautoriteit  
<http://www.nmanet.nl/engels/home/Index.asp>

Hungría: Hungarian Competition Council  
<http://www.gvh.hu/gvh/alpha?do=2>

Irlanda: The Competition Authority  
<http://www.tca.ie/home/index.aspx>

Italia: Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato  
<http://www.agcm.it/>

Letonia: Competition Council  
<http://www.competition.lv/?l=2>

Lituania: Competition Council  
<http://www.konkuren.lt/english/index.php>

Luxemburgo: Conseil de la Concurrence

<http://www.eco.public.lu/attributions/iconc/index.html>

Malta: Consumer and Competition Division, Ministry of Competitiveness & Communications of Malta

[http://www.mcmp.gov.mt/consumer\\_fairtrade.asp](http://www.mcmp.gov.mt/consumer_fairtrade.asp)

Polonia: Office for Competition and Consumer Protection

<http://www.uokik.gov.pl/en/>

Portugal: Autoridade da Concorrência

[www.autoridadedaconcorrencia.pt](http://www.autoridadedaconcorrencia.pt)

Reino Unido: Competition Commission

<http://www.competition-commission.org.uk/>

Reino Unido: Office of Fair Trading

<http://www.oft.gov.uk/>

República Checa: Office for the Protection of Competition

<http://www.competch.cz/en/>

Rumania: Competition Council

<http://www.competition.ro/en/index1.asp?lang=en>

Suecia: Swedish Competition Authority

[http://www.kkv.se/default\\_218.aspx](http://www.kkv.se/default_218.aspx)

## 2. EUROPA NO COMUNITARIA

Croacia: Agency for Protection of Market Competition

<http://www.aztn.hr/>

Islandia: Competition Authority

<http://www.samkeppni.is/samkeppni/is/>

Israel: Antitrust Authority

<http://www.antitrust.gov.il/Antitrust/en-US>

Macedonia: Monopoly Authority

<http://www.mon.upr.gov.mk/index-eng.htm>

Noruega: Competition Authority

[http://www.konkurransetilsynet.no/portal/page?\\_pageid=235.471065&\\_dad=portal&\\_schema=PORTAL](http://www.konkurransetilsynet.no/portal/page?_pageid=235.471065&_dad=portal&_schema=PORTAL)

Rusia: Russian Ministry for Antimonopoly Policy and Support to Entrepreneurship

<http://hc.ru/ru/>

Suiza: Commission de la Concurrence

<http://www.weko.admin.ch/>

Turquía: Competition Authority

<http://www.rekabet.gov.tr>

Ucrania: Antimonopoly Committee

<http://www.amc.gov.ua/>



### 3. AMÉRICA

Argentina: Comisión Nacional de Defensa de la Competencia  
<http://www.mecon.gov.ar/cndc/home>

Bolivia: Portal del sistema de regulación sectorial  
<http://www.sirese.gov.bo/>

Brasil: Conselho Administrativo de Defesa Econômica  
<http://www.cade.gov.br/>

Canadá: Competition Bureau  
<http://www.competitionbureau.gc.ca/>

Canadá: Competition Tribunal  
<http://www.ct-tc.gc.ca/index.asp>

Colombia: Superintendencia de Industria y Comercio  
<http://www.sic.gov.co/>

Costa Rica: Comisión para Promover la Competencia  
<http://www.coprocom.go.cr/>

Chile: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia  
<http://www.tdlc.cl>

Estados Unidos de América: US Department of Justice DOJ. Antitrust Division  
<http://www.usdoj.gov/atr/>

Estados Unidos de América: Federal Trade Commission FTC  
<http://www.ftc.gov/bc/index.shtml>

Estados Unidos de América: Opinions of the Attorney General of Washington  
<http://www.atg.wa.gov/Antitrust/default.aspx>

Jamaica: Fair Trading Commission  
<http://www.iftc.com>

México: Comisión Federal de Competencia  
<http://www.cfc.gob.mx/>

Panamá: Comisión de Libre Competencia y Asuntos del Consumidor  
<http://www.autoridaddelconsumidor.gob.pa/>

Perú: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual  
<http://www.indecopi.gob.pe/>

Venezuela: Superintendencia para la Promoción y Protección de la Libre Competencia  
<http://www.procompetencia.gov.ve/>

#### 4. ASIA Y AUSTRALIA

Australia: Australian Competition and Consumer Commission

<http://www.accc.gov.au/>

Australia: National Competition Council

<http://www.ncc.gov.au>

Barbados: Fair Trading Commission of Barbados

<http://www.ftc.gov.bb/>

Corea: Fair Trade Commission

<http://www.ftc.go.kr/eng/index.html>

Filipinas: Department of Trade and Industry

<http://www.dti.gov.ph/>

Indonesia: Commission for the Supervision of Business Competition

<http://www.kppu.go.id/new/index.php>

Japón: Fair Trade Commission

<http://www.jftc.go.jp/e-page/index.html>

Nueva Zelanda: Business Competition

<http://www.comcom.govt.nz/>

Tailandia: Business Competition Bureau

<http://www.dit.go.th/diteng/>

Taiwan: Fair Trade Commission

<http://www.ftc.gov.tw/EnglishWeb/English.html>

Uzbekistán: State Committee on Demonopolization and Competition Development

<http://www.antimon.uz/eng/>

#### 5. ÁFRICA

Kenia: Monopolies and Prices Commission

<http://www.treasury.go.ke/departament.php?deptID=8>

Sudáfrica: Competition Commission

<http://www.compcom.co.za>

Sudáfrica: Competition Tribunal

<http://www.comtrib.co.za/>

Zambia: Competition Commission

<http://www.zcc.com.zm/>

#### 6. ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

APEC: Asia-Pacific Economic Cooperation. Competition and Regulatory Reform  
[http://www.apec.org/apec/apec\\_groups/economic\\_committee/competition\\_policy.html](http://www.apec.org/apec/apec_groups/economic_committee/competition_policy.html)



APEC: Competition Policy and Law Database

<http://www.apeccp.org.tw/>

Comunidad andina: Bolivia, Colombia, Ecuador, Perú, Venezuela

<http://www.comunidadandina.org/competencia.htm>

EFTA: EFTA Surveillance Authority

<http://www.eftasurv.int/fieldsOfWork/fieldcompetition/>

EFTA: Court

<http://www.eftacourt.lu/>

FTAA-ALCA: Área de Libre Comercio de las Américas: Grupo de Negociación sobre Política de Competencia

[http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngcomp\\_s.asp](http://www.ftaa-alca.org/ngroups/ngcomp_s.asp)

OEA: Organización de Estados Americanos: SICE (Sistema de Información sobre Comercio Exterior)

[http://www.sice.oas.org/compol/com\\_pols.asp](http://www.sice.oas.org/compol/com_pols.asp)

OECD: Organisation for Economic Co-operation and Development. Competition

[http://www.oecd.org/topic/0,2686,en\\_2649\\_37463\\_1\\_1\\_1\\_1\\_37463,00.html](http://www.oecd.org/topic/0,2686,en_2649_37463_1_1_1_1_37463,00.html)

UE: Unión Europea. Dirección General de Competencia de la Comisión Europea

[http://ec.europa.eu/comm/competition/index\\_es.html](http://ec.europa.eu/comm/competition/index_es.html)

UE: Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas

<http://curia.europa.eu/es/transitpage.htm>

UNCTAD: Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo: Políticas de Competencia y del Consumidor

<http://r0.unctad.org/en/subsites/cpolicy/spanish/indexsp.htm>

WTO: Organización Mundial del Comercio: La política de la competencia

[http://www.wto.org/spanish/tratop\\_s/comp\\_s/comp\\_s.htm](http://www.wto.org/spanish/tratop_s/comp_s/comp_s.htm)

## 7. OTRAS DIRECCIONES DE INTERÉS

ABA: American Bar Association. Antitrust Section

<http://www.abanet.org/antitrust/home.html>

American Antitrust Institute

<http://www.antitrustinstitute.org/>

Canadian Competition Policy Page

<http://csgb.ubc.ca/ccpp/>

Cátedra Fundación ICO-Nebrija de Derecho y Economía de la Competencia

<http://www.nebrija.com/fundacionICOnebrija/>

European University Institute

<http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/>

[http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2007papers\).shtml](http://www.iue.it/RSCAS/Research/Competition/2007papers).shtml)

Findlaw

<http://lawecon.lp.findlaw.com/>

<http://www.findlaw.com/01topics/01antitrust/index.html>

Global Competition Law Centre (College of Europe)

<http://www.coleurop.be/template.asp?pagename=gclc>

Hieros Gamos Guide to Antitrust and Unfair Competition Law

<http://www.hg.org/antitrust.html>

Instituto Brasileiro de Estudos de Concorrência, Consumo e Comércio Internacional

<http://www.ibrac.org.br/>

International Competition Network

<http://www.internationalcompetitionnetwork.org/index.php/en/home>

Palidan Antitrust Law

<http://www.palidan.com/Practice/antitrust.htm>

Reg-Markets Center

<http://www.reg-markets.org/>

The Antitrust Case Browser

<http://www.stolaf.edu/people/becker/antitrust/>

US Antitrust Materials (Legal Information Institute, Cornell Law School, US)

<http://www.law.cornell.edu/topics/antitrust.html>





## OTRAS OBRAS PUBLICADAS

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1996

**Lluís Cases (dir.)**

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1997

**Lluís Cases (dir.)**

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1998

**Lluís Cases (dir.)**

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 1999

**Lluís Cases (dir.)**

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2000

**Lluís Cases (dir.)**

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2001

**Lluís Cases (dir.)**

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2002

**Lluís Cases (dir.)**

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2003

**Lluís Cases (dir.)**

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2004

**Lluís Cases (dir.)**

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2005

**Lluís Cases (dir.)**

ANUARIO DE LA COMPETENCIA 2006

**Lluís Cases (dir.)**

DERECHO DE LA PROPIEDAD INDUSTRIAL,  
INTELLECTUAL Y DE LA COMPETENCIA

**Antonio Pérez de la Cruz**

DERECHO DE LOS SEGUROS PRIVADOS

**Juan Bataller Grau**

**Nuria Latorre Chiner**

**Jesús Olavarría Iglesia**

GRUPO DE EMPRESAS Y DERECHO ANTITRUST

La aplicación de las normas anticolusorias en  
las relaciones intragrupo

**Pablo Girgado Perandones**



*fundación*



ISBN: 978-84-9768-611-2



9 788497 686112