

ANUARIO
DE LA
COMPETENCIA

A N U A R I O
D E L A
C O M P E T E N C I A
2 0 0 9

2009



fundación



fundación



A

UAB

Universitat Autònoma de Barcelona



ANUARIO DE LA COMPETENCIA

2009

Dirección

Lluís Cases

*Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona*

Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

Colaboran en el Anuario de la Competencia 2009

Juan José Alba Ríos

Dirección de Regulación de Endesa

Joaquín Artés

Universidad Complutense

Luis Berenguer Fuster

*Presidente de la Comisión Nacional
de la Competencia*

Julio Costas Comesaña

*Consejero de la Comisión Nacional
de la Competencia*

Beatriz de Guindos Talavera

*Subdirectora de Industria y Energía
Dirección de Investigación
Comisión Nacional de la Competencia*

Juan Manuel Fernández López

Abogado – magistrado excedente

Marta García de la Calzada

*Vicepresidenta del Tribunal de Defensa
de la Competencia de la Comunidad de Madrid*

Alfredo González-Panizo Tamargo

*Abogado del Estado
Secretario del Consejo
Comisión Nacional de la Competencia*

Javier Guillén Caramés

*Profesor titular de Derecho Administrativo
Universidad Rey Juan Carlos*

Inmaculada Gutiérrez Carrizo

*Consejera de la Comisión Nacional
de la Competencia*

Clara Guzmán Zapater

*Directora de Investigación
Comisión Nacional de la Competencia*

M^a Luz Labrada Tellado

*Vocal Asesora
Dirección de Investigación
Comisión Nacional de la Competencia*

Yolanda Martínez Mata

*Abogada
Garrigues*

María Jesús Mazo Venero

*Subdirectora de Servicios
Dirección de Investigación
Comisión Nacional de la Competencia*

Eduardo Moreda Díaz

Dirección de Regulación de Endesa

Amadeo Petitbo

Universidad Complutense

ANUARIO DE LA COMPETENCIA

2009

Presentación

Elaboración JCTI

PRIMERA PARTE. ESTUDIOS Dirección

La jurisdicción contencioso-administrativa de la **LLUÍ CASÉS**
Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen de Jurisdicción Contencioso-Administrativa 13
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad Autónoma de Barcelona

Justificación jurídica de la competencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo
El artículo 105 de la Constitución Española y la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen de Jurisdicción Contencioso-Administrativa 37
Socio Garrigues, Abogados y Asesores Tributarios

La jurisdicción de contencioso-administrativo al servicio de la competencia de los tribunales
responde a la nacionalidad comunitaria 55
Joaquín Gallo y Antonio Prieto

La terminación convencional de la Ley 13/2007 de defensa de la competencia
expresión y retos 81
CLARA GORDIAN ZARATE

Legislación activa de la CNM para el ejercicio de la competencia de los tribunales de lo contencioso-administrativo
objetos, motivos de impugnación y procedimientos de impugnación de la Ley 13/2007 de defensa de la competencia 111
Antonio González Prieto Zarate

Las inspecciones de las actividades de la defensa de la competencia en el ámbito de la economía autónoma
y los derechos de los impositivos 137
Joaquín Muñoz Espinosa López

Los instrumentos de coordinación en el ejercicio de las competencias de los tribunales de lo contencioso-administrativo
específicos en materia de defensa de la competencia 161
MARIA GARCIA DE LA CALZADA

La aplicación del derecho de la competencia a los mercados de servicios de interés económico general
Marta Julia Martínez Vences 177

Directora

Elisabet Cervera

Professora Titular de Dret de Administració
Universitat Autònoma de Barcelona

Actuació: Ferran, Almagar i Jaume Vilanova

ANUARIO DE LA COMPETENCIA

Publicación de la Asociación de la Competencia 2009

2009

José José Alba Rico
Presidente de la Asociación de la Competencia

María Jesús Arce
Universidad Complutense

Luis Ferragut Ferrer
Presidente de la Comisión de la Competencia

José María Carrasero
Presidente de la Comisión de la Competencia

Enrique de Guzmán Torres
Subdirector de Indulgencia y Energía
Universidad de Salamanca

Con el patrocinio de:
Fundación ICO

José Manuel Paradales López
Almagar - Ingeniería de Software

© de esta edición, Servei de Publicacions
de la Universitat Autònoma de Barcelona

de la Competencia de la Universidad de Madrid

Producción:
Universitat Autònoma de Barcelona
Servei de Publicacions

Edifici A. 08193 Bellaterra (Cerdanyola del Vallès). Spain

sp@uab.cat

www.uab.cat/publicacions

Impresión: Mozart Art

Depósito legal: B.44.921-2010

ISBN 978-84-490-2665-2

Impreso en España. Printed in Spain

José María Carrasero
Presidente de la Comisión de la Competencia
Universidad de Jaén

María Jesús Arce
Universidad de Sevilla
Universidad de Granada

Elisabet Cervera

Professora Titular de Dret de Administració
Universitat Autònoma de Barcelona

Enrique de Guzmán Torres
Subdirector de Indulgencia y Energía
Universidad de Salamanca

Enrique de Guzmán Torres
Subdirector de Indulgencia y Energía
Universidad de Salamanca

Enrique de Guzmán Torres
Subdirector de Indulgencia y Energía
Universidad de Salamanca

Enrique de Guzmán Torres
Subdirector de Indulgencia y Energía
Universidad de Salamanca

Enrique de Guzmán Torres
Subdirector de Indulgencia y Energía
Universidad de Salamanca

Enrique de Guzmán Torres
Subdirector de Indulgencia y Energía
Universidad de Salamanca

SUMARIO

Presentación	
FUNDACIÓN ICO	9
PRIMERA PARTE. ESTUDIOS	
La necesaria modernización de los colegios profesionales en España	
LUIS BERENGUER FUSTER	13
Justificación jurídico-económica de las conductas por objeto	
INMACULADA GUTIÉRREZ CARRIZO y JULIO COSTAS COMESAÑA.....	37
La negativa de venta no es contraria al derecho de la competencia cuando responde a la racionalidad económica	
JOAQUÍN ARTÉS y AMADEO PETITBO	53
La terminación convencional en la Ley 15/2007 de defensa de la competencia: experiencias y retos	
CLARA GUZMÁN ZAPATER.....	85
Legitimación activa de la CNC para el ejercicio de acciones jurisdiccionales: objeto, motivos de impugnación y pretensiones ejercitables	
ALFREDO GONZÁLEZ-PANIZO TAMARGO	115
Las inspecciones de las autoridades de la defensa de la competencia y los derechos de los inspeccionados	
JUAN MANUEL FERNÁNDEZ LÓPEZ	133
Los instrumentos de coordinación en el ejercicio de las competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia	
MARTA GARCÍA DE LA CALZADA	159
La aplicación del derecho de la competencia a los convenios colectivos	
MARÍA JESÚS MAZO VENERO	177

La infracción única y continuada M ^a LUZ LABRADA y BEATRIZ DE GUINDOS	195
Competencia en el mercado mayorista de electricidad JUAN JOSÉ ALBA RÍOS y EDUARDO MOREDA DÍAZ.....	215
Derecho de la competencia y regulación en el mercado eléctrico: el problema de las restricciones técnicas JAVIER GUILLEN CARAMÉS	295
La saga Schneider: un final decepcionante YOLANDA MARTÍNEZ MATA	333

SEGUNDA PARTE. DIRECCIONES DE INTERNET

Unión Europea	355
Europa no comunitaria	358
América	358
Asia y Australia	360
África	361
Organizaciones internacionales	361
Otras direcciones de interés	362

PRESENTACIÓN

ESTUDIOS

Un año más, la Fundación ICO presenta el *Anuario de la Competencia*, obra plenamente consolidada y conocida por todas aquellas personas interesadas en materias relacionadas con la economía y el derecho de la competencia. La Fundación ICO ha colaborado en la publicación de esta obra desde su aparición, cuando los estudios relacionados con estos campos eran todavía incipientes y eran escasos los profesionales dedicados a esta especialidad.

Desde entonces, el interés por estas materias no ha dejado de crecer, así como el número de facultades donde pueden estudiarse, despachos y profesionales dedicados a este ámbito y organismos encargados de su aplicación, lo cual demuestra que la apuesta de la Fundación ICO fue acertada. El *Anuario de la Competencia* puede considerarse una de las obras veteranas en este sentido, y su veteranía no impide, sin embargo, que sea una obra de plena actualidad, que presenta cada año las novedades y aportaciones más importantes que ha habido en derecho y economía de la competencia durante el año anterior, lo que la convierte en una obra de consulta y referencia para cualquier persona interesada.

Esta obra no sería posible sin la participación de todos los autores que escriben cada año los artículos y sin la labor de su director, Lluís Cases, quien se encarga de coordinar y revisar todo el material y de la selección de los autores y contenidos. La Fundación ICO desea manifestar a todos ellos su más sincero agradecimiento por su trabajo y colaboración, que han hecho que sea posible su aparición periódica, sin interrupciones desde su creación, lo que le ha dado un carácter de continuidad y ha asegurado su presencia año tras año.

Esperamos que el anuario correspondiente al año 2009 suponga una importante aportación en el ámbito del derecho y economía de la competencia y que sea del interés de todos sus lectores.

Fundación ICO

LA NECESARIA MODERNIZACIÓN DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES EN ESPAÑA

LUIS BERENGUER FUSTER¹

Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

Posiblemente una de las tareas legislativas que quedaban pendientes de completar desde la Constitución de 1978 era la relativa a los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. De hecho, el punto de partida quedó en parte fijado por la propia Constitución española que, en su artículo 36, contenía uno de sus preceptos más pintorescos, sin paralelo en el Derecho Constitucional comparado, el relativo a los colegios profesionales.² Pero para la regulación de los colegios profesionales debemos remontarnos a cuatro años antes, a la Ley preconstitucional 2/1974, de Colegios Profesionales, que contenía –y sigue conteniendo– su regulación básica.

El sector de los servicios profesionales tiene, en el marco de la creciente terciarización de las economías desarrolladas, un peso cada vez más relevante en términos de valor añadido, consumo final y empleo. Pero, más allá de su importancia en valores absolutos o relativos, el sector está imbricado de tal manera en nuestro sistema económico, que asume un papel protagonista en la competitividad de nuestras economías.

Es muy importante, por lo tanto, que el funcionamiento del sector de servicios profesionales sea óptimo y, en particular, que tenga una regulación –de acceso y de

1. Las opiniones vertidas en este artículo se realizan a título personal y no deben identificarse en ningún caso como opinión del Consejo ni de la Institución que presido. Quisiera agradecer la inestimable ayuda de Vera Sopeña, asesora en mi gabinete, que ha contribuido de manera decisiva a la preparación de este texto.
2. El artículo 36 de la CE dispone: «La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los colegios profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos». La introducción de este precepto en el texto constitucional no puede entenderse sin tener en cuenta la participación en las Cortes Constituyentes, como senador real, de quien era el todopoderoso presidente del Consejo General de la Abogacía, don Antonio María Pedrol Rius.

ejercicio—, que permita la libre competencia, pudiendo así extraer todo su potencial para el crecimiento económico y el empleo. Y es en esta perspectiva desde la que las autoridades de competencia analizan la regulación y actividad de las profesiones que operan dentro del ámbito de actuación de los colegios profesionales.

En materia de promoción de la competencia, han sido varios los esfuerzos del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) y ahora de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) por estudiar los problemas del sector de los servicios profesionales y proponer actuaciones para introducir una mayor competencia en el mismo. Merecen destacarse el *Informe sobre el libre ejercicio de las profesiones. Propuesta para adecuar la normativa sobre las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia vigente en España* (TDC, 1992); *La Competencia en España: Balance y nuevas propuestas* (TDC, 1995), y el Informe sobre el sector de los servicios profesionales y colegios profesionales (CNC, 2008).

Y si bien es cierto que los informes del TDC en la primera mitad de los años noventa sirvieron para impulsar y orientar una serie de reformas acometidas en la legislación de los colegios profesionales concretadas en 1997, no se solucionaron otros problemas del sector, perviviendo situaciones que alteran la libre competencia entre los profesionales, y que ha recordado la CNC en su último informe de 2008.

En concreto, las principales restricciones a la competencia que han sido tratadas por las autoridades de competencia españolas son las que establecen barreras de entrada colegiales al ejercicio profesional, principalmente, a través de la exigencia de requisitos que dificultan el ejercicio en otras demarcaciones colegiales; las que, argumentando persecución del intrusismo, defienden reservas de actividad que carecen de amparo legal; las restricciones relacionadas con precios, tanto a través de la fijación de honorarios como, de forma indirecta, a través de los visados, y las restricciones a la publicidad.³

Como se indicaba, hace ahora dos años, la CNC hizo un nuevo intento y emitió el *Informe sobre el sector de los servicios profesionales y colegios profesionales* para que pudiera ser de utilidad cuando se acometiera la nueva regulación de los servicios profesionales anunciada por el Gobierno con ocasión de la transposición de la Directiva de Servicios⁴ y la reforma de las titulaciones universitarias.⁵

3. La peculiaridad de la protección a los colegios profesionales en nuestro país probablemente haya contribuido a la proliferación de prácticas anticompetitivas en este ámbito, hasta el punto de que, en el argot antitrust internacional, se conocen las prácticas anticompetitivas protagonizadas por colegios profesionales y/o instituciones asimilables como *Spanish Practices*. Conviene notar que, desde 1992 hasta 2008, el 10% de las resoluciones del TDC/CNC resuelven expedientes relacionados con servicios profesionales y, en particular, colegios profesionales.
4. Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, DOUE L 376, p. 36, y que afectaba de forma muy particular a la introducción de la competencia en el ámbito de los servicios profesionales en el mercado interior.
5. Ver el Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, que establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, Disposición Transitoria Cuarta, que hace referencia al artículo 12 apartado 9 (modificado por el Real Decreto 861/2010, de 2 julio) y al artículo 15 apartado 4 del mismo Real Decreto.

Y así ha sucedido en lo esencial con la aprobación a finales del pasado año de la Ley Ómnibus⁶ que, en principio, pretende una sustancial transformación de la gestión de los colegios profesionales en España en su artículo 5.⁷

En efecto, el impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en la actividad colegial es sustancial. En última instancia, se ha pretendido una modernización, necesaria y esperada, de los colegios profesionales, al objeto de facilitar la realización de las libertades básicas de la Unión Europea, en concreto, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, y ello ampliando los fines esenciales de los colegios y abriéndolos a la competencia.⁸

El objetivo de este artículo es realizar un breve recorrido desde los primeros intentos de modernización de los colegios profesionales hasta la actualidad. Para ello, realizamos, en primer lugar, una breve descripción de tres de los grandes elementos problemáticos que plantea la regulación (o autorregulación) de los colegios profesionales en relación con la libertad de acceso y de ejercicio profesional: la reserva de actividad, la colegiación obligatoria y la obligatoriedad del visado. En segundo lugar, analizamos cómo afecta la Directiva de Servicios y su normativa de transposición en España, la Ley Ómnibus, a estos tres elementos para, posteriormente, valorar la modernización operada en la regulación de nuestros colegios profesionales.

2. LA REFORMA DE LA LEY 2/1974, DE COLEGIOS PROFESIONALES, DE 1997

La principal reforma de la Ley de Colegios Profesionales tuvo lugar en 1997, más de 20 años después de su promulgación. No obstante, quizás, antes de abordar las importantes reformas de la regulación de los colegios profesionales de entonces, sea preciso hacer una breve exégesis de su naturaleza jurídica para abordar la problemática intrínseca a los colegios.

Como ya se ha indicado, la inclusión del artículo 36 en nuestra Constitución relativo a los colegios profesionales constituye una peculiaridad y su distinción en el texto constitucional ha provocado un interesante debate doctrinal en torno a su naturaleza jurídica.

En general, los Colegios Profesionales se han definido como manifestaciones de la Administración Corporativa, esto es, agrupaciones sociales creadas por voluntad de la ley en función de diversos intereses sociales (se dice, fundamentalmente pro-

6. Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su Ejercicio, BOE nº 308, de 23 de diciembre de 2009, p. 108507, que transpone en parte la Directiva de Servicios.

7. No obstante, el alcance final de la transformación pretendida por el artículo 5 de la Ley Ómnibus depende de ciertos desarrollos reglamentarios y normativos pendientes que afectan a la exigencia del visado obligatorio y la obligatoriedad de colegiación.

8. Ver *Infra*, el apartado 6 de este artículo, donde se realiza un análisis pormenorizado de las novedades que la Ley Ómnibus introduce en la regulación de los colegios profesionales.

fesionales), dotadas de personalidad jurídico-pública y acompañadas frecuentemente del deber de afiliarse a las mismas.⁹

No obstante, el sentido de la protección constitucional de los colegios profesionales ha sido matizado por el Tribunal Constitucional de forma que no todos los colegios profesionales, por el hecho de denominarse como tales, participan de esa condición jurídica. Es preciso que cumplan con sus rasgos esenciales y un contenido típico determinado,¹⁰ relacionado con los fines específicos de interés público que justifican su manifestación como Administración Corporativa.¹¹

Pues bien, esta peculiar naturaleza y configuración de los colegios profesionales ha servido de base durante muchos años a determinadas prerrogativas y salvaguardas que, en nuestra opinión, nada tenían que ver con la finalidad constitucionalmente reconocida a los colegios.

Afortunadamente, y pese a la resistencia de los colegios, el sentido común y, sobre todo, los perjuicios que dichas salvaguardas creaban en el mercado, fueron dando paso al proceso de reformas iniciado en 1992 a nivel político e impulsado por el TDC con su Informe sobre profesiones liberales del mismo año.

En efecto, la gran mayoría de autores coinciden en señalar el Informe del TDC de 1992 como el auténtico catalizador de la primera reforma en profundidad de los colegios profesionales.¹² Antes de la publicación del Informe habían tenido lugar algunas iniciativas políticas en torno a la regulación de los colegios,¹³ pero fue sobre

9. Sentencia del TC núm. 107/1996, de 12 junio, FJ 10. Sentencia del TC núm. 76/2003, de 23 de abril.

10. En concreto, dice el Tribunal Constitucional que «el art. 36 de la Constitución, al reconocer los colegios profesionales, consagra una institución protegida constitucionalmente, que tiene por objeto su preservación frente a una eventual eliminación, pero tal garantía institucional sólo puede ser invocada cuando aquella institución cumple con su contenido típico, ya que la Constitución no garantiza la permanencia de todos y cada uno de los colegios profesionales existentes a la entrada en vigor de la Constitución. Así pues, es necesario en orden a la aplicación de aquella garantía encontrar los criterios o el contenido típico de la institución, para determinar en cada caso si resulta constitucional la existencia del colegio profesional, dado que la Constitución garantiza otros derechos fundamentales como la libertad de asociación en su vertiente negativa (art. 22 CE), la cual debe ser respetada por el legislador, justificando la necesidad de una organización colegial para satisfacer un interés público al que su actividad está vinculada (STC 89/1989, de 11 de mayo). En otras palabras, no todos los colegios profesionales existentes a la entrada en vigor de la Constitución merecen protección constitucional, sino sólo aquellos que cumplan con sus rasgos esenciales, con un contenido típico determinado». Sentencia del TC núm. 76/2003, de 23 de abril, AH 9.

11. Según afirma el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 107/1996 de 12 junio, FJ 9: «Los colegios profesionales cumplen otros fines específicos de indudable interés público, lo que justifica la opción del legislador de regularlos y exigir por Ley la colegiación para el ejercicio de algunas profesiones».

12. Ver, entre otros, Vázquez Albert, D. «Ejercicio de profesiones liberales y Derecho de la competencia», en Diario La Ley nº 5590, de 18 de julio de 2002; Farreres, G., et al., 2002. *Colegios Profesionales y Derecho de la Competencia*, Ed. Civitas, Madrid, p. 82-84, y Marcos, F. 2003. «La aplicación del Derecho de defensa de la competencia a los colegios profesionales: Notas a propósito del libro "Colegios Profesionales y Competencia"», *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la UE* nº 223, enero/febrero.

13. De hecho, como comenta Farreres, G. et al. 2002. *Colegios Profesionales y Derecho de la Competencia*, Ed. Civitas, Madrid, p. 122-23, poco antes de la publicación del Informe de 1992 del TDC, el grupo Parlamentario de Izquierda Unida-Iniciativa por Catalunya presentó, en 1991 y 1992, proposiciones no de ley instando al Gobierno para legislar las peculiaridades del régimen jurídico de los colegios profesionales. En concreto, la de 1992 pretendía la supresión de la colegiación obligatoria de los profesionales que prestasen sus servicios con dedicación exclusiva al servicio de la Administraciones públicas (cuestión litigiosa ante los tribunales). Ninguna de las proposiciones prosperó.

todo la publicación del Informe lo que influyó definitivamente uno de los primeros intentos legislativos para introducir cierta liberalización en el sector.

En efecto, unos meses después del Informe de la CNC de junio de 1992, en noviembre del mismo año, el Gobierno, por iniciativa del entonces ministro de Economía, Carlos Solchaga, elaboró un proyecto de Ley de Colegios Profesionales que incluía, como nota principal, además de otras medidas liberalizadoras, el sometimiento de las profesiones colegiadas al régimen de libre competencia.¹⁴

Pero los tiempos no resultaban los más propicios para la tramitación de una iniciativa de estas características. Existía una gran confrontación política entre el Gobierno y el Partido Popular, en aquellos momentos dirigido por José María Aznar, que se precipitó a ejercer una oposición frontal al proyecto (respaldado por CiU). Eran momentos idóneos para que los grupos de interés se movieran como pez en el agua y convencieran fácilmente a los grupos de oposición de los efectos negativos de cualquier iniciativa del Gobierno, y los colegios profesionales no perdieron la ocasión, encontrando un camino trillado. Menos previsible era, no obstante, que la oposición encontrara eco en el propio Grupo Socialista. Es cierto que también en el seno del partido gobernante existía una fuerte confrontación entre los partidarios de Alfonso Guerra y los defensores de la línea económica del Gobierno, pero los primeros eran fuertes en el Grupo parlamentario y tomaron el proyecto como banderín contra el ministro de Economía, que veía como una tras otra eran admitidas por la ponencia las enmiendas más corporativistas de la oposición, inspiradas, cuando no presumiblemente redactadas, por los defensores de unos colegios profesionales reacios o, mejor dicho, completamente contrarios a cualquier reforma. La disolución de las Cortes libró al Gobierno del bochorno de ver aprobada por sus propios correligionarios una ley completamente contraria a su proyecto.

Paradojas de la política, el proyecto de 1992 fue retomado unos años después, mediante el Real Decreto Ley 5/1996, de 7 junio, aprobado casi inmediatamente por el nuevo Gobierno del Partido Popular surgido tras las elecciones de 1996.

Unos meses más tarde, las características más significativas del Real Decreto fueron aprobadas mediante la Ley 7/1997, de 14 de abril, de Medidas Liberalizadoras en Materia de Suelo y de Colegios Profesionales. Huelga decir que, como venía siendo habitual, la tramitación de esta ley también estuvo sometida a fortísimas presiones corporativistas que consiguieron introducir algunas prerrogativas.¹⁵

El propósito fundamental de la reforma de 1997 era la eliminación de aquellos preceptos que impedían de forma más clara la introducción de competencia en el ámbito de las profesiones colegiadas.

14. Proyecto de Ley de 20 de noviembre de 1992 que ya recogía el espíritu de las reformas que se avecinaban: someter las actividades profesionales de carácter económico a las normas de defensa de la competencia. Para una descripción del Proyecto de Ley de 1992, ver Farreres, G. *et al.*, 2002. *Colegios Profesionales y Derecho de la Competencia*, Ed. Civitas, Madrid, p. 123-25.

15. A destacar, por ejemplo, el reconocimiento del derecho a la negociación colectiva a los médicos, defendida por el Colegio Oficial de Médicos.

Así, en primer lugar, y de forma tajante, se afirma la sujeción del ejercicio de las profesiones colegiadas, en cuanto a la oferta de servicios y su remuneración, a la Ley de Defensa de la Competencia (LDC)¹⁶ y la Ley de Competencia Desleal.¹⁷ El resto de aspectos del ejercicio profesional, no obstante, seguiría rigiéndose por la legislación general y específica propia de cada profesión.

En coherencia con la introducción de competencia, se alteró sustancialmente la política colegial de honorarios, en relación con su importe, su cobro y su vinculación con el visado. Se eliminó la posibilidad de fijación de honorarios mínimos obligatorios por los colegios profesionales –aunque se sustituyó por la posibilidad de que se establecieran baremos orientativos–, así como la obligatoriedad del cobro de honorarios a través del colegio, si bien se mantuvo el servicio a disposición voluntaria de los colegiados. Además, se establece que el visado no comprendería los honorarios ni las demás condiciones contractuales que se dejan al libre acuerdo de las partes.

Adicionalmente, y en un intento de combatir la ruptura del mercado que suponía la «colegiación múltiple», se estableció la «colegiación única». Es decir, la colegiación en un colegio sería suficiente para ejercer en todo el territorio nacional, aunque se exceptúa el caso de determinadas profesiones, donde se mantuvo el deber de residencia en el lugar de prestación de servicios. Esta reforma se reforzó posteriormente con el Real Decreto Ley 6/2000, para prohibir que los colegios exigieran habilitaciones o pagos de contraprestaciones económicas excesivas a los profesionales que quisieran ejercer en su territorio pero estuvieran colegiados en otro colegio.

Por último, pero no por ello menos relevante, se aclaró el sometimiento automático al Derecho de la Competencia de determinadas potestades colegiales, que los colegios profesionales habían entendido machaconamente amparadas por el antiguo art. 2.1 de la LDC (y por tanto excluidas de las normas de competencia),¹⁸ al no ser el resultado directo de una ley o norma reglamentaria dictada en desarrollo de la ley. Recordamos en este punto que las posibilidades de los colegios de ampararse en el antiguo art. 2 de la LDC fueron definitivamente limitadas con la modificación de la LDC operada dos años después mediante la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, que elimina la referencia a las «normas reglamentarias» para amparar únicamente aquellas que sean el resultado directo e inmediato de una ley.

No obstante lo anterior, como ya se ha indicado, la reforma aprobada en 1997 mantuvo algunas de las inercias históricas de la normativa española y que son la causa de algunos de los problemas de competencia en el sector que se han ido constatando en el tiempo: la reserva de actividad, la colegiación obligatoria y el visado obligatorio. Comencemos analizando la reserva de actividad.

16. Entonces, la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia y, ahora, Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

17. Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

18. Ver Berenguer, L. 1998. «Comentarios al artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia», en *Anuario de la Competencia 1997*, Fundación ICO, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona.

3. LA RESERVA DE ACTIVIDAD Y EL CONCEPTO DE «PROFESIÓN»

La reserva de actividad tradicionalmente se ha fundamentado en la garantía de seguridad y de una calidad mínima de los servicios prestados. El Tribunal Constitucional ha aclarado que «la Constitución exige “ex” art. 36 que sea el legislador quien deba determinar qué profesiones quedan fuera del principio general de libertad, valorando cuáles de esas profesiones requieren, por atender a los fines mencionados, la incorporación a un colegio profesional, así como, en su caso, la importancia que al respecto haya de otorgar a la exigencia de una previa titulación para el ejercicio profesional».¹⁹ Por lo tanto, es el legislador quien debe decidir cuándo es necesario exigir una previa titulación para el ejercicio profesional.

Aunque se pensara que la reserva de actividad, como tal, podría estar en principio justificada,²⁰ su combinación con la colegiación obligatoria, la reserva jurisdiccional y otras restricciones, delimita una esfera cerrada que constituye un caldo de cultivo idóneo para restricciones injustificadas del ejercicio de la actividad con el único objetivo aparente de salvaguardar las prerrogativas de unos pocos.

Me gustaría proporcionar algunos ejemplos de cómo opera la reserva de actividad en nuestra vida diaria. Por ejemplo, en Extremadura, la apertura de una joyería tuvo que retrasarse casi dos años hasta que los tribunales sentenciaron que el decorador era un profesional competente para firmar el proyecto de reforma del escaparate, porque el Ayuntamiento del lugar consideraba que debía estar firmado por un aparejador y no por un decorador.²¹ En otra ocasión, los Colegios de Ingenieros Industriales y el de Ingenieros de Telecomunicaciones llegaron hasta el Tribunal Supremo tratando de atribuirse en exclusiva la firma del proyecto de instalación de antenas de la TDT, firma que finalmente el Tribunal Supremo, en un ejercicio de sensatez y racionalidad, reconoció a cualquier ingeniero.²² También los Colegios de Ingenieros de Caminos pretendieron que los proyectos de instalación de gasolineras fueran firmados por un ingeniero de caminos, canales y puertos (superior) o bien por cuatro ingenieros técnicos de obras públicas, uno por especialidad: uno de obras hidráulicas, otro de tráfico, otro de obras civiles y otro de comunicación y transporte. Llegaron hasta el Tribunal Supremo para tratar de atri-

19. Sentencia TC núm. 76/2003, de 23 abril, FJ 4.

20. Pero no siempre. Un estudio de Dorsey, S. «The Occupational licensure Queue», en *Journal of Human Resources* n° 15 (verano 1980), p. 424-34, citado por Marcos, F. «La lucha contra las restricciones a la libre competencia en el mercado de servicios profesionales», en *Gaceta Jurídica de la Competencia y de la UE*, n° 219, mayo/junio 2002, p. 22-35, en nota a pie de página 39, concluye que los exámenes de acceso no controlan la capacidad o aptitud del profesional para el ejercicio de la profesión. Un ejemplo claro sería el del Colegio de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria. Añade Marcos, F. *Ibid.*, p. 30 «La ausencia de requisito de titulación académica para el acceso a la profesión de agente de propiedad inmobiliaria impide la consideración de intrusismo de la prestación de servicios de intermediación inmobiliaria por agentes no colegiados (.). Ello es coherente con la ausencia de un interés público esencial en el mercado de bienes inmuebles que pudiera requerir una especial tutela y protección pública». Ver la resolución del TDC de 10 de noviembre de 1992, expte. A30/92, *Colegios de Agentes de la Propiedad Inmobiliaria*.

21. Sentencia del TSJ de Extremadura de 12 de septiembre de 2002.

22. Sentencia del TS de 19 de noviembre de 2007.

buirse en exclusiva la firma de estos proyectos. El Tribunal falló, sin embargo, que cualquiera de ellos (el superior o el técnico) podía firmar estos proyectos.²³ Gracias, pues, al alto tribunal por establecer tan acertada doctrina, pero mientras tanto los litigios han retrasado de forma grave el ejercicio de actividades económicas.

En fin, la normativa colegial (y la regulación técnica para cuya redacción han presionado los diferentes colectivos queriendo cada uno de ellos llevarse el agua a su molino) ha llevado a que, con carácter general, queden irremediamente unidos los conceptos de colegio profesional, profesión y titulación, de tal forma que constituyen reservas de actividad o, lo que es lo mismo, exclusiones del colegio de profesionales carentes de una titulación específica. Esto es, se crean profesiones a partir de un título académico específico, impidiendo la competencia de otros titulados.

Los efectos negativos de estas reservas son evidentes, por ello es muy importante que estén claramente justificadas por un interés general y que sean necesarias y proporcionadas a su objetivo. En este sentido, hay que tener en cuenta que en muchos casos los individuos en posesión de titulaciones con contenidos similares pueden estar en condiciones de prestar la misma actividad. Así sucede por ejemplo con la profesión médica. Mientras que determinadas actividades aconsejan que sólo un titulado médico puedan realizarlas (i.e. intervenciones quirúrgicas), otras pueden ser desarrolladas por distintos profesionales y, afortunadamente, así se ha reconocido (i.e. rehabilitaciones que pueden ser realizadas tanto por médicos, como por fisioterapeutas o enfermeras).

Así, reiterando lo ya señalado por el TDC en 1992, la exigencia de titulación está justificada en la medida en que la protección de los usuarios de los servicios profesionales aconseje prohibir su prestación a quien no tenga los conocimientos especiales pertinentes. La justificación se debilita cuando no son imprescindibles los conocimientos especializados o cuando los exigidos no están en relación directa con la actividad a ejercer.²⁴

Sin perjuicio de que pueda haber casos en que una determinada profesión deba quedar realmente reservada a los poseedores de una única titulación, lo cual supone una excepción, resultaría menos perjudicial para la competencia si, con carácter general, se planteara la regulación utilizando el concepto de actividad profesional en lugar de profesión. Un ejemplo de regulación de actividad profesional es el de la auditoría de cuentas, donde no se regula una profesión a partir de un título académico, sino que se regula una actividad profesional y se establecen todas las titulaciones que se consideran apropiadas para su ejercicio.

23. Sentencia del TS de 28 de febrero de 2000.

24. En el mismo sentido se ha pronunciado en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional, señalando que la habilitación del legislador para restringir un derecho fundamental como el de libre elección profesional y de oficio –art. 35 de la CE– sólo será constitucionalmente lícita cuando esté justificada por la necesidad de servir un interés público y restringiendo del menor modo posible ese derecho. Ver, por ejemplo, las sentencias del Tribunal Constitucional 132/1989, de 8 de julio; 139/1989, de 20 de julio; 113/1994, de 14 de abril; 197/1994, de 4 de julio; 106/1996, de 2 de junio, y, 76/2003 de 23 abril.

Conviene notar que la actual tendencia a la proliferación de títulos, cada vez más especializados, no hará sino incrementar los problemas derivados de la reserva de actividad.²⁵

4. LA COLEGIACIÓN OBLIGATORIA

El Tribunal Constitucional ha admitido la obligatoriedad de afiliación a Corporaciones de Derecho Público, sobre la base de que éstas desempeñan funciones públicas, distinguiéndolas a estos efectos del Derecho de asociación consagrado en el artículo 22 de la Constitución, que conlleva necesariamente el derecho a no asociarse.²⁶ En concreto, el Constitucional ha afirmado que «las excepciones al principio general de libertad de asociación han de justificarse (...) por la relevancia del fin público que se persigue, así como por la dificultad de obtener ese fin sin recurrir a la adscripción forzosa al ente corporativo».²⁷ Y, además, dichas excepciones deben interpretarse restrictivamente, pues, según el Tribunal Constitucional «la exigencia de adscripción forzosa a un colegio profesional supone, de un lado, una limitación al principio general de libertad y, más en concreto, del libre ejercicio de la profesión y, de otro, una excepción a la regla general de libertad negativa de asociación que forma parte del contenido constitucionalmente garantizado por el art. 22 CE».²⁸

Conforme con lo anterior, y como se comentó en el Informe de la CNC de 2008,²⁹ aunque se haya admitido la obligatoriedad de afiliación, el Tribunal Constitucional lo ha hecho sobre la base de que éstas desempeñen funciones públicas, que son las que justifican la delegación de poder que hace el Estado en los colegios profesionales,³⁰ cuando, en realidad, éstas solo constituyen una

25. A modo de ejemplo, en el BOE de 12 de junio de 2010, se publicaron cinco reales decretos estableciendo respecto de determinadas actividades, titulaciones (y, por tanto, potencialmente «profesiones colegiadas») que hace unos años se antojarían impensables: Técnico Superior en Desarrollo de Aplicaciones Web, Técnico Superior en Dirección de Cocina, Técnico Superior en Dirección de Servicios de Restauración, Técnico Superior en Diseño y Producción de Calzado y Complementos y Técnico Superior en Proyectos de Edificación.

26. Más recientemente, el Tribunal Constitucional ha afirmado que no es aplicable a los colegios profesionales la regulación de las asociaciones: «los colegios profesionales, por su tradición, naturaleza jurídica y fines no son subsumibles en la totalidad del sistema general de las asociaciones, a las que se refiere el art. 22 CE, sino que constituyen una peculiar o especial clase de ellas, no siéndoles aplicable su régimen. Los colegios profesionales cumplen otros fines específicos de indudable interés público, lo que justifica la opción del legislador de regularlos y exigir por Ley la colegiación para el ejercicio de algunas profesiones, no constituyendo esta obligación una vulneración del derecho de asociación, ni tampoco un obstáculo al principio de igualdad (art. 14 CE)». Sentencia del Tribunal Constitucional 96/2003, de 22 mayo, AH 11, citando la Sentencia del Tribunal Constitucional, sentencia núm. 89/1989 de 11 de mayo, FJ 7.

27. Sentencia del Tribunal Constitucional 107/1996, de 12 de junio, FJ 7.

28. Sentencia del Tribunal Constitucional 194/1998, de 1 de octubre, FJ 5.

29. Informe de la CNC sobre el sector de servicios profesionales y colegios profesionales de 2008, p. 46.

30. En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado en varias ocasiones que la calificación de una profesión como colegiada, con la consiguiente incorporación obligatoria, requiere la necesaria consecución de fines públicos constitucionalmente relevantes. La legitimidad de esta decisión dependerá de que el colegio desempeñe, efectivamente, funciones de tutela del interés de quienes son destinatarios de los servicios prestados por los profesionales que lo integran, y no en atención a los intereses de estos profesionales. Sin embargo, las suce-

pequeña parte de sus funciones y actividad (básicamente, la defensa del consumidor).

Así las cosas, en todo caso la adscripción obligatoria al colegio, al constituir una barrera de entrada o acceso adicional a la profesión o actividad profesional,³¹ su exigencia, además de estar fundada en la consecución de funciones públicas, debe también ser necesaria, proporcional y no discriminatoria.

Esta evaluación no es sencilla. Así, por ejemplo, la ordenación del ejercicio de las profesiones³² para la que, *a priori*, la colegiación obligatoria podría estar justificada por un motivo de interés general, es precisamente donde se han podido observar actuaciones colegiales con mayores problemas desde el punto de vista de la competencia y que han sido en ocasiones sancionadas por parte del TDC/CNC.³³

El verdadero problema es que la obligación de colegiación, junto con la exclusividad en la representación de los profesionales, tiene el potencial efecto de maximizar el impacto anticompetitivo que pueden tener determinadas prácticas de los colegios profesionales. Además, esta cuestión es indisoluble de las reservas de actividad por titulación ya analizadas. Y, por si fuera poco, se nos ocurren pocos argumentos tan convincentes para aunar los intereses de un grupo, y conformar un *lobby*, como restringir la competencia efectiva que se produce tanto entre sus miembros, como especialmente la que pudiera producirse desde otros ámbitos. La gran paradoja, además, la constituye el hecho de que la única función pública atribuible a los colegios —la protección de los usuarios de los servicios profesionales— se concede a la representación de estos últimos, es decir, a un organismo con potestades de autoorganización que sólo engloba a una de las partes del conflicto, y no a un organismo independiente de naturaleza pública. Podría decirse, aunque suene exagerado, pero la imagen resulta sumamente gráfica, que se pone a los lobos a vigilar a los corderos.

sivas reformas de la Ley de Colegios Profesionales no han alterado los tres fines que ésta atribuye a los colegios profesionales y que no responden ni a la doctrina ni a la jurisprudencia de los tribunales mencionados: (1) la ordenación del ejercicio de la profesión; (2) la representación exclusiva de la profesión, y (3) la defensa de los intereses profesionales de los colegiados. Es evidente que en ninguno de los dos últimos fines enumerados se aprecian razones de interés general que justifiquen plenamente la colegiación obligatoria y/o la exclusividad de los colegios en el desarrollo de los mismos (de hecho, en la mayoría de los casos podrían ser compartidos con otras asociaciones de carácter voluntario).

31. Como ya se ha indicado, la situación más común viene caracterizada por la simultaneidad de las dos reservas de actividad al existir una Ley de Creación de un Colegio Profesional, que, al mismo tiempo que crea el colegio, obliga a estar colegiado para ejercer una profesión y, a su vez, obliga a tener una determinada titulación para poder colegiarse, aunque obviamente esta situación admite numerosas excepciones.
32. Las funciones más relevantes contenidas en la Ley de Colegios Profesionales relacionadas con este ámbito son aquellas que velan por la ética y dignidad profesional y por el respeto debido a los derechos de los particulares, ejerciendo la facultad disciplinaria en el orden profesional y colegial; procuran la armonía entre los colegiados; impiden la competencia desleal entre los mismos; evitan el intrusismo profesional; establecen baremos de honorarios con carácter meramente orientativo; visan los trabajos profesionales, y cumplen y hacen cumplir a los colegiados las leyes generales y los estatutos profesionales y reglamentos de régimen interior.
33. Ver, a modo de ejemplo, la Resolución del TDC de 20 de junio de 2003, expte. 544/02, Colegio Notarial de Madrid, confirmada mediante sentencia del TS de 2 de junio de 2009, y la de 21 de julio de 2004, expte. 562/03, Colegio Notarial Bilbao, confirmada por sentencia del TS de 26 de abril de 2010. Ver también la Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de octubre de 2009, respaldando una resolución similar del TDC de Cataluña de 31 de mayo de 2006.

En definitiva, la delegación de la Administración de ciertas competencias en los colegios se justifica por la mayor y mejor información de la que disponen, así como su mayor flexibilidad para adaptarse a los cambios regulatorios por ellos adoptados y/o propuestos. Pero esta delegación conlleva el riesgo de que actúen, de forma poco transparente, como maximizadores de objetivos distintos a los de la Administración y que desempeñen potencialmente el papel de promotores de foros de coordinación de conductas entre oferentes. Y estos riesgos son mayores cuando la colegiación es obligatoria. Es en este contexto de elevado poder de autorregulación donde tienen cabida los problemas de competencia derivados del establecimiento de baremos de honorarios profesionales, las restricciones a la publicidad de los colegiados, el importe de las cuotas de ingreso a los colegios, la ruptura de la unidad de mercado por la proliferación de colegios autonómicos cuando no existe una norma estatal, etc. Y haciendo un balance riesgos-beneficios no parece que sean los segundos los que prevalezcan.

5. EL VISADO OBLIGATORIO

En sus orígenes, el visado colegial se concebía como un control adicional por el colegio profesional de las condiciones mínimas de legalidad, seguridad y de calidad de los proyectos elaborados por los colegiados. No obstante, en la actualidad, el visado colegial no constituye más que un trámite administrativo que incrementa el coste de los proyectos y retrasa su ejecución, sin que certifiquen la calidad técnica del proyecto en cuestión. Básicamente, se limitan a certificar que el profesional que firma el proyecto está colegiado. En definitiva, parece que, en realidad, la única razón de ser de los visados es la financiación de los colegios profesionales: una pescadilla que se muerde la cola.

Además de su aparente inutilidad en la gran mayoría de los casos, puede constituir un medio idóneo para controlar los honorarios minutados por los profesionales y otros aspectos económicos de la relación con el cliente que deberían quedar fuera de la relación colegial.

La reforma de la Ley de Colegios Profesionales de 1997 ya incorporó importantes modificaciones en este ámbito, al prohibir que los visados comprendieran los honorarios de los profesionales y otras condiciones contractuales, para evitar que, a partir de esa información, el colegio pudiera afectar a la libertad de acuerdo entre las partes.

Sin embargo, la anterior reforma se mantenía silente sobre demasiadas cuestiones que quedaban, o bien desatendidas, o bien amparadas en parte por las normas colegiales —el ya mencionado ejercicio de la autoregulación— o bien recogidas en otro tipo de normas sectoriales. Este es el caso del objeto y cometido del visado, su obligatoriedad, la responsabilidad del colegio y el precio del visado. En particular, lo que la Ley de Colegios Profesionales establecía es solamente la posibilidad de que el colegio vise los trabajos de los profesionales, eso sí, otorgándoles el

monopolio de ese visado. Pero esta posibilidad en conjunción con otras normas, no solamente colegiales, a la postre determinan su exigencia. Por ejemplo, cuando una Administración realiza un concurso y exige que los proyectos se presenten visados por el colegio de la profesión implicada.

Por tomar un ejemplo, el Estatuto General de los Arquitectos establece que el visado tiene por objeto: (a) acreditar la identidad del arquitecto o arquitectos responsables y su habilitación actual para el trabajo de que se trate; (b) comprobar la integridad formal de la documentación en que deba plasmarse el trabajo con arreglo a la normativa de obligado cumplimiento de pertinente aplicación en cada caso, y (c) efectuar las demás constataciones que le encomiendan la leyes y disposiciones de carácter general. Este sería el objeto y contenido normal de un visado. No obstante, mediante el visado, el consumidor no se beneficia de ninguna garantía adicional: el colegio no asume ninguna responsabilidad ante fallos posteriores en el proyecto visado por éste. Tampoco es fácil para el consumidor, en quien finalmente recaerá el precio del visado, reconocer el precio del visado (que es establecido por el colegio), ni mucho menos influir en su cuantía.

Desde el punto de vista del consumidor, conocer exactamente qué prestaciones o garantías ofrece exactamente el visado y cuál es su precio debería permitirle decidir en mejores condiciones si quiere que el proyecto que le presenten esté o no visado. Sólo por este motivo ya consideraba la CNC en su *Informe sobre el sector de servicios profesionales y colegios profesionales* de 2008 que era preciso revisar en profundidad la figura del visado: su objeto, contenido, obligatoriedad, responsabilidad colegial y precio.

Por otro lado, el sistema de visados obligatorios también puede tener como resultado la homogeneización de los precios de los profesionales o la obstaculización de la competencia efectiva entre ellos. Así ocurre cuando el colegio, que disfruta de una posición de dominio frente al profesional, deniega el visado preceptivo empleando interpretaciones subjetivas del marco legal vigente contrarias a la competencia, sólo para garantizar la protección de los intereses corporativos.³⁴

6. LA DOCTRINA DEL TDC Y LA CNC EN RELACIÓN CON LAS PRÁCTICAS ANTICOMPETITIVAS DE LOS COLEGIOS PROFESIONALES

Como ya se ha explicado, desde 1992, las resoluciones del TDC y de la CNC relacionadas con los colegios profesionales representan aproximadamente el 10 % del total, lo que da una idea de lo prolijo del área en prácticas restrictivas.

34. Así sucedía, por ejemplo, en el asunto *Aparejadores Madrid* (Resolución del TDC de 10 de julio de 1998, expte. 397/97) donde se denegaba el visado a un proyecto encargado por un colegioado porque no se habían liquidado los honorarios del aparejador previamente encargado del proyecto.

Antes de la reforma de 1997, el TDC tenía más limitaciones a la hora de analizar estas prácticas. La mayoría de sus resoluciones se centraron en analizar si las decisiones de los colegios profesionales denunciados eran de naturaleza administrativa o no.³⁵ Otro bloque de resoluciones se centró en las barreras de entrada artificiosas de los colegios a través de las reservas de actividad.³⁶ Pero tras la confirmación del sometimiento pleno de los colegios profesionales a las normas de competencia operado por aquella reforma y la limitación del amparo del artículo 2 de la antigua LDC 16/1989 (ahora artículo 4 de la LDC 15/2007)³⁷ mediante la Ley 52/1999³⁸, no se ha titubeado a la hora de atajar las prácticas restrictivas protagonizadas por los colegios.

Quizás, los casos más obvios son aquellos de fijación de precios. El TDC y la CNC han tenido ocasión de analizar todo tipo de decisiones o recomendaciones por parte de los colegios que tenían finalmente como objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios.³⁹

Un asunto de cierto impacto en el ejercicio de la abogacía fue el que tuvo como protagonista al Consejo General de la Abogacía Española (CGAE) en relación con la *cuota litis*.⁴⁰ Esta cuota se define como «el acuerdo entre el abogado y su cliente, formalizado con anterioridad a terminar el asunto, en virtud del cual el cliente se compromete a pagar al abogado únicamente un porcentaje del resultado del asunto (...) No es cuota litis el pacto que tenga por objeto fijar honorarios alternativos según el resultado del asunto, siempre que (...) cubra(n) como mínimo los costes de prestación del servicio». El TDC consideró que esta prohibición constituía una decisión colectiva que tenía por objeto y efecto la fijación de honorarios mínimos de los abogados (estos habían de cubrir, al menos, los costes del servicio, impidiendo la determinación libre de los mismos).

35. Ver, a modo de ejemplo, el iter descrito en la Resolución de 19 de febrero de 1999, expte. 416/97, Colegio Médicos Ávila.
36. Y pese a la larga práctica decisonal del TDC en relación con las reservas de actividad, siguen existiendo prácticas restrictivas con esta temática, por otra parte consustanciales a las prerrogativas que tan concienzudamente salvaguardan los colegios profesionales. Ver, por ejemplo, la reciente resolución de la CNC de 9 de febrero de 2009, expte. 637/08, *Arquitectos Peritos Judiciales* (ver también la sentencia de la AN de 3 de noviembre de 2009, desestimando el recurso interpuesto por el colegio contra la resolución de la CNC).
37. El artículo 4 de la LDC 15/2007, de las conductas exentas por ley, establece que: «1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley. 2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal».
38. Ver *supra*, apartado 2.
39. Ver, entre otras, las resoluciones del TDC de 31 de marzo de 1998, expte. 403/97, *Arquitectos Canarias*, de 8 de mayo de 1998, expte. 390/96, *Arquitectos Asturias*, de 23 de noviembre de 1999, expte. 445/98, *Colegio de Ingenieros Técnicos Industriales Burgos*, de 11 de enero de 2001, expte. 483/00, *Colegio Gestores Administrativos Galicia*, y de 27 de diciembre de 2007, expte. 635/07, *Colegio de Odontólogos Estomatólogos de Las Palmas* (ver también la reciente sentencia de la AN de 10 de julio de 2009, que desestima el recurso contra la resolución).
40. Resolución del TDC de 26 septiembre de 2002, expte. 528/01, *Colegio General de la Abogacía, confirmada esencialmente por el TS mediante sentencia de 4 de noviembre de 2008 que, pese a que anuló la multa impuesta al Colegio, confirmó el carácter restrictivo de la competencia de la prohibición de la cuota litis, y por lo tanto, su nulidad.*

Otro asunto interesante, y en el que la autoridad de competencia se ha visto recientemente respaldada por el Tribunal Supremo,⁴¹ fue el del Colegio Notarial de Bilbao.⁴² Este colegio había aprobado en 1990 unas «Normas Reguladoras del Turno de Reparto y del Sistema de Compensación Interna, establecidas al amparo del Reglamento Notarial y de la Disposición Adicional 10ª de la Ley 33/1987». Un notario de Erandio y nueve de Bilbao denunciaron las normas reguladoras y algunas modificaciones efectuadas sobre las mismas a la autoridad de competencia. El Tribunal consideró que las normas y sus modificaciones limitaban la libertad de acción de los notarios que, al tener que compensar los ingresos de los menos activos en el mercado de intervención de pólizas y escrituras financieras con porcentajes crecientes de los ingresos de los notarios más activos, se veían desincentivados para competir en la consecución de cuotas crecientes, interfiriendo y distorsionando su libertad para negociar descuentos con los clientes. Otros asuntos se refieren a las barreras de entrada de los colegios profesionales mediante la aprobación de cuotas de ingreso artificialmente altas, impidiendo así la entrada de nuevos entrantes-profesionales. Así sucedió en el asunto *Administradores de Fincas de Sevilla y Huelva*.⁴³ En este caso el colegio en cuestión había aprobado, de forma aparentemente arbitraria, unas cuotas de ingreso excesivamente elevadas. El TDC mantuvo que «las cuotas de ingreso no pueden establecerse para obstaculizar la entrada de nuevos colegiados ni la de competidores pertenecientes a otros colegios territoriales. Por ello, las decisiones de los colegios referentes al nivel de la cuota de ingreso deben estar siempre fundadas en consideraciones objetivas de coste real, pues, de otra forma, la cuota constituiría una barrera al acceso de nuevos competidores y supondría una infracción de la LDC».

En cuanto a los visados, el TDC ha apreciado en varias ocasiones distintas formas de influir en los honorarios profesionales a través de los visados. La última de ellas fue la analizada en el asunto *Colegio de Arquitectos de Huelva*,⁴⁴ en el que se analizó un «Método para el cálculo simplificado de los presupuestos estimativos de

41. Interesa destacar igualmente algunos pronunciamientos empleados por el TS en su sentencia de 26 de abril de 2010. En concreto, el TS afirma de forma tajante que el colegio no actuaba en aras del interés público ni en el ejercicio de potestades administrativas ordenando el ejercicio de la actividad de los Notarios. Para el TS «(n) el ejercicio de funciones públicas exime a un Colegio Profesional –ni a la Administración Pública en general– de su sometimiento a la legislación de defensa de la competencia, ni la habilitación legal con que necesariamente actúan las Administraciones Públicas o las entidades que ejercen funciones públicas implica, por su sola existencia, la aplicación del artículo 2 de la Ley de Defensa de la Competencia». Además, ante los argumentos de amparo legal del colegio en distintas normas, el TS afirma que «(...) no cabe extender la posibilidad de establecimiento de mecanismos compensatorios fuera de los estrictos límites subjetivamente delimitados establecidos por la Disposición Adicional y una interpretación de distinto signo necesitaría el establecimiento de la misma por norma con rango de ley que expresamente lo permitiera, de donde resulta la nulidad de la norma en los términos en que así fue declarada por la sentencia de instancia».

42. Resolución del TDC de 21 de julio de 2004, expte. 562/03, Colegio Notarial Bilbao, recientemente confirmada mediante sentencia del TS de 26 de abril de 2010. En este caso el TDC decidió no imponer ninguna sanción, pero sí intimó al colegio para que cesara en la práctica de dichos acuerdos.

43. Resolución del TDC de 14 de diciembre de 2000, en el expediente 481/99, *Administradores de Fincas de Sevilla y Huelva*.

44. Resolución de la CNC de 22 de junio de 2008, expte. 629/07, *Colegio de Aparejadores de Huelva*, pendiente de revisión jurisdiccional.

ejecución material de los distintos tipos de obras» elaborado por el colegio, cuya no aplicación dificultaba la obtención del visado.⁴⁵

Los obstáculos a la colegiación única también han sido objeto de varios expedientes, sobre todo en los casos de colegios profesionales autonómicos, que han exigido la colegiación de profesionales provenientes de otro «territorio». Así, por ejemplo, en el asunto *Colegio Profesional de Detectives Privados de Cataluña*,⁴⁶ se exigía una «habilitación» para poder ejercer en «su» territorio. (¡sic!).⁴⁷

Por último, no quería dejar de destacar las restricciones de los colegios sobre la publicidad de los colegiados, que también han sido objeto de expedientes sancionadores. Así, por ejemplo, en el asunto *Abogacía Española*⁴⁸ se analizó el Reglamento de Publicidad adoptado por el CGAE. Ante los argumentos del Consejo que pretendía justificar el Reglamento en la ordenación de la profesión, el TDC se mantuvo firme: «la respuesta a esta cuestión es evidente, es indudable que el establecer condiciones para realizar la publicidad de unos servicios, imponiendo una serie de prohibiciones y limitaciones en cuanto al contenido de la información y medios soporte de la misma, como los que figuran en los hechos probados tiene trascendencia económica. Precisamente el principal objetivo de la publicidad es influir sobre la demanda de productos y servicios, como medio para aumentar los ingresos de quien la realiza, por lo que juega un papel crecientemente importante en la actividad económica. De hecho, puede decirse que actualmente no es concebible una economía de mercado sin publicidad y que ésta es un elemento inherente a la misma». Tras analizar el Reglamento de Publicidad, el TDC concluyó que el mismo no sólo actuaba en detrimento de los consumidores, sino que también constituía una barrera de entrada para nuevos profesionales y limitaba la posible expansión de aquellos abogados que estuvieran dispuestos a buscar formas más activas de darse a conocer.

Los ejemplos comentados no son más que una pequeña muestra de la prolífica

45. Los problemas suscitados por los visados de los colegios son recurrentes. Ver, además, las resoluciones del TDC de 29 de octubre de 1999, expte. 444/98, *Colegio de Arquitectos Vasco-Navarro*; de 19 de noviembre de 1999, expte. 446/98, *Arquitectos de Madrid*; de 10 de julio de 1998, expte. 397/1997, *Aparejadores de Madrid*, y, de 25 de junio de 1996, expte. R 160/96, *Aparejadores de Madrid*.

46. Resolución del TDC de 24 de marzo de 2003, expte. 512/02, *Colegio Profesional de Detectives Privados de Cataluña*. En este caso, inicialmente el SDC decidió archivar la denuncia al considerar que la práctica en cuestión estaba amparada por la Ley 2/99, de la Generalitat, de Creación del Colegio de Detectives Privados de Cataluña. El TDC consideró que el SDC había errado en esta apreciación. Añadió, además, que la creación de un colegio profesional en una comunidad autónoma para una profesión que no está colegiada en el resto del Estado no puede conceder a los profesionales de tal comunidad la posibilidad de establecer barreras artificiales para los competidores residentes en otras zonas del país que cuenten con la habilitación correspondiente del Ministerio de Interior. Por otro lado, al examinar los documentos aportados en el expediente, el TDC apreció una posible infracción del artículo 1 LDC por recomendación colectiva de precios mínimos, instando a su investigación por el SDC.

47. Ver también la saga de resoluciones relativas a los abogados a los que se les exigía una habilitación para ejercer en el territorio específico de cada uno de los colegios territoriales (resoluciones de 18 de enero de 2001, expte. 478/99, *Abogados de Cádiz*; de 22 de enero de 2001, expte. 480/99, *Abogados de Jerez*, y de 30 de noviembre de 2001, expte. 508/00, *Abogados de Granada*).

48. Resolución del TDC de 18 de enero de 2000, expte. 455/99, *Abogacía Española*.

actividad de las autoridades de competencia españolas en torno a los colegios profesionales y sus *Spanish Practices*, pero creemos que es lo suficientemente representativa para dar una idea del gran número y variedad de prácticas adoptadas por los colegios con el objeto de proteger sus intereses (y no particularmente el de sus profesionales que, por otra parte, protagonizan la gran mayoría de denuncias contra sus prácticas restrictivas). ¡Todo muy castizamente hispano!

7. LAS MEJORAS DE LAS LEY ÓMNIBUS Y LAS OPORTUNIDADES PERDIDAS

Las mejoras introducidas recientemente deben de ser analizadas en conjunto con las posibilidades para avanzar en el proceso de modernización.

Primero, y quizás más importante, la *Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, o Ley Ómnibus, refuerza la sujeción de los colegios profesionales a la LDC.⁴⁹

El resto de modificaciones que introduce pueden agruparse básicamente en tres grupos: (1) las relativas a la libertad de establecimiento; (2) las relativas a la libre prestación de servicios en nuestro país, y (3) las relativas a la atención y protección de los usuarios.

En cuanto a la **libertad de establecimiento**, las normas se dirigen al régimen de autorización de los colegios. La Ley Ómnibus básicamente reconoce su validez en todo el territorio nacional y prevé dos tipos de requisitos de colegiación: los prohibidos y los anulables. Esto es, elimina determinados requisitos que considera prohibidos y exige que el procedimiento de colegiación (y, por lo tanto, la exigencia de requisitos) sea transparente, objetivo, no discriminatorio.

Así, por ejemplo, en relación con el problema de las cuotas de ingreso y las cuotas anuales y la arbitrariedad con la que son fijadas por los colegios (inhibiendo potencialmente nuevos entrantes cuando éstas son excesivamente elevadas), la Ley Ómnibus ha exigido, en línea con la doctrina de la CNC, que no puedan superar en ningún caso los costes asociados a la tramitación de la inscripción. Para asegurar esta contención, se obliga a los colegios a especificar en su memoria anual el detalle del importe de las cuotas, desglosadas por concepto y por el tipo de servicios prestados, así como las normas para su cálculo y aplicación.

Respecto a la prestación de servicios, la Ley Ómnibus elimina una serie de trabas identificadas como restrictivas: la exigencia de contar con un establecimiento en nuestro país para poder ejercer temporalmente la actividad profesional en cuestión en España; la exigencia de prestar servicios en régimen de autónomo;

49. El nuevo artículo 2.4 de la Ley de Colegios Profesionales, queda redactado en virtud de la Ley Ómnibus como sigue: «Los acuerdos, decisiones y recomendación de los Colegios observarán los límites de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia».

requisitos en torno al uso de equipos o material; las restricciones en torno al uso de la publicidad por los colegiados; restricciones al ejercicio conjunto o simultáneo de dos o más profesiones —i.e. sociedades multiprofesionales—, etc.

Así, por ejemplo, en materia de publicidad, la CNC había recomendado la supresión de las restricciones colegiales a la libertad de publicidad y la sujeción explícita de la actividad publicitaria a los límites establecidos en la Ley General de Publicidad. La Ley de Colegios Profesionales modificada por la Ley Ómnibus finalmente establece que los colegios podrán contemplar previsiones expresas dirigidas a exigir a los profesionales colegiados que su conducta en materia de comunicaciones comerciales sea ajustada a lo dispuesto en la ley, con la finalidad de salvaguardar la independencia e integridad de la profesión, así como el secreto profesional.

Merecen también mención especial las medidas previstas para la eliminación de los «baremos orientativos»⁵⁰ «o cualquier otra orientación, recomendación, directriz, norma o regla sobre honorarios profesionales» y la eliminación de buena parte de los visados (que, no obstante, está pendiente de desarrollo reglamentario).

Por último, en cuanto a la **protección y atención de los usuarios**, de trascendencia muy significativa para el futuro devenir de los colegios, la transposición de la directiva pretende importantes mejoras.

En primer lugar, el nuevo apartado 3 del artículo 1 de la Ley de Colegios Profesionales que introduce la Ley Ómnibus es toda una declaración de intenciones cuando afirma que: «son fines esenciales de estas Corporaciones [además de la ordenación del ejercicio de las profesionales, la representación institucional exclusiva de las mismas cuando estén sujetas a colegiación obligatoria, la defensa de los intereses profesionales de los colegiados] (...) **la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados** (...)».

Una de las medidas más importantes para mejorar la atención a los usuarios es la implantación de medios telemáticos y la ventanilla única, de forma que todos los procedimientos y trámites relativos al acceso y el ejercicio de las actividades de servicios pueden realizarse a través de una única vía electrónica que no requiera el inconveniente de la presencia física. Igualmente, en beneficio de los usuarios, se requiere a los colegios una mayor transparencia de su gestión económica y su actuación disciplinaria en defensa de los intereses de los consumidores mediante la elaboración y presentación de una memoria anual y el establecimiento de un servicio de atención a los colegiados, consumidores o usuarios para atender quejas y reclamaciones.

En definitiva, la transposición de la Directiva de Servicios no implica una mera introducción de normas para la regulación de la actividad de los colegios profesionales en el entorno europeo, sino que supone una profunda modernización de la fundamentación de su existencia, su sistema de financiación y su régimen de actuación.

50. Los colegios podrán, no obstante, elaborar criterios orientativos a los exclusivos efectos de la tasación de costas y de la jura de cuentas de los abogados. Dichos criterios serán igualmente válidos para el cálculo de honorarios y derechos que corresponden a los efectos de tasación de costas en asistencia jurídica gratuita.

No obstante, se podría, y en buena medida, se debería, haber ido un poco más lejos en la modernización de los colegios profesionales en España. En efecto, la Directiva de Servicios proporcionaba el marco ideal para acometer una ambiciosa revisión y mejora de la normativa reguladora de las profesiones tituladas y las profesiones colegiadas.

Veamos cómo ha afectado a cada una de las áreas problemáticas señaladas – reserva de actividad, colegiación obligatoria y visados– y cómo podría mejorarse la regulación al respecto.

7.1. EL IMPACTO DE LA LEY ÓMNIBUS EN LA «RESERVA DE ACTIVIDAD» Y OTRAS OPCIONES

Con independencia de la literalidad de la directiva y sobre el hecho de que ésta obligase o no a la revisión de las exigencias de titulación vigentes, en España no se ha aprovechado la ocasión para acometer reformas de calado para paliar este problema.

No obstante, todavía quedan algunas posibilidades interesantes de reformas para introducir mayor competencia en el acceso y ejercicio de las actividades profesionales: la construcción del Espacio Europeo de Educación Superior y de la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, consecuencia del Proceso de Bolonia.

En efecto, la desaparición del «catálogo de titulaciones» provocado por el proceso de Bolonia abre las puertas a la innovación en la creación de nuevos títulos universitarios y, a su vez, a la creación de tantas «profesiones» como «titulaciones» susceptibles de imponer su propia reserva de actividad.

Ante este sin sentido, es el momento idóneo para replantear el proceso de regulación de profesiones tituladas y profesiones colegiadas. El Real Decreto 1393/2007, de 29 de octubre, por el que se establece la ordenación de las enseñanzas universitarias oficiales, exige la intervención del Gobierno en este ámbito al establecer las condiciones a las que deben adecuarse los planes de estudios de títulos que habiliten para el ejercicio de actividades profesionales reguladas en España (art. 12.9). Y al ser el Gobierno el que determina en qué casos nos encontramos ante este tipo de títulos, se abre también la puerta a su revisión, esto es, cuándo determinadas «profesiones» deben estar vinculadas a títulos universitarios específicos.

Huelga decir que el proceso de revisión debería evitar la influencia exclusiva de los colegios profesionales, aun cuando no resulta sencillo encontrar en nuestro país quien se oponga, desde la sociedad civil, a la fuerza organizada de los intereses corporativistas.

7.2. EL IMPACTO DE LA LEY ÓMNIBUS EN LA «COLEGIACIÓN OBLIGATORIA» Y OTRAS OPCIONES

Como ya hemos señalado, la Ley de Colegios Profesionales modificada recoge de forma explícita una nueva finalidad de los colegios que es la que, de acuerdo con la doctrina constitucional, podría justificar la colegiación obligatoria: la protección de los intereses de los consumidores y usuarios de los servicios de sus colegiados. Por otro lado, se establecen unos criterios de actuación mucho más transparentes y controlados por la Administración, también en defensa de los usuarios.

Además, frente a los problemas de coordinación de las normativas autonómica y estatal en materia de colegios y los riesgos latentes de ruptura de unidad de mercado, la Ley Ómnibus especifica que solamente la legislación estatal puede establecer la obligatoriedad de colegiación, señalando textualmente que «será requisito indispensable para el ejercicio de las profesiones hallarse incorporado al colegio profesional correspondiente cuando así lo establezca una ley estatal» con lo que se favorece la libre competencia entre los profesionales, no sólo del mercado español sino de todo el mercado único.

No obstante, el origen del problema –la obligatoriedad de la colegiación– se mantiene en situación similar a la reserva de actividad: su resolución definitiva ha quedado, por el momento, pospuesta. La disposición transitoria cuarta de la Ley Ómnibus establece que el Gobierno antes de que acabe el año y previa consulta a las comunidades autónomas, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley que determine las profesiones para cuyo ejercicio es obligatoria la colegiación.

En nuestra opinión, el proyecto constituirá también una ocasión única para limitar la obligación de colegiación a: (i) aquellos casos en que sea imprescindible para garantizar un control eficiente del ejercicio profesional en defensa de los destinatarios de los servicios; y (ii) aquellas actividades en las que puedan verse afectados, de manera grave y directa, intereses públicos, como pueden ser la protección de la salud y de la integridad física o la seguridad personal o jurídica de las personas físicas.

Veremos qué depara el proyecto, aún sin publicar en el momento en el que se escriben estas líneas, y, sobre todo, la ley que se apruebe finalmente, porque mucho nos tememos que durante su tramitación parlamentaria se darán todo tipo de presiones de los defensores de los intereses corporativistas y de los gremios profesionales.

7.3. EL IMPACTO DE LA LEY ÓMNIBUS EN LOS «VISADOS» Y OTRAS OPCIONES

En virtud de la reducción de las cargas administrativas innecesarias exigida por la Directiva de Servicios, la reforma del sistema de visados de la Ley Ómnibus ha sido particularmente intensa.

La Ley Ómnibus añade un nuevo artículo 13 a la Ley de Colegios Profesionales estableciendo que los colegios de profesiones técnicas visarán los trabajos profesionales en su ámbito de competencia **únicamente cuando se solicite por petición expresa de los clientes**, incluidas las Administraciones Públicas cuando actúen como tales, **o cuando así lo establezca el Gobierno mediante Real Decreto**.

En todo caso, el Gobierno deberá ajustarse a los siguientes criterios: (i) que sea necesario por existir una relación de causalidad directa entre el trabajo profesional y la afectación a la integridad física y seguridad de las personas, y (ii) que se acredite que el visado es el medio de control más proporcionado. Pero, en ningún caso, los colegios, por sí mismos o a través de sus previsiones estatutarias, podrán imponer la obligación de visar los trabajos profesionales.⁵¹

Por otra parte se introduce un cambio importante en cuanto al contenido del visado al ratificar su contenido tradicional: la identidad y habilitación profesional del autor del trabajo,⁵² y la corrección e integridad formal de la documentación del trabajo profesional de acuerdo con la normativa aplicable al trabajo del que se trate. Asimismo, se incluye un «límite máximo» a su contenido, al indicar que no comprenderá el control técnico de los aspectos facultativos del proyecto.

Por último, el visado deberá detallar claramente qué extremos son sometidos a control y la responsabilidad que asume el colegio (normalmente, la responsabilidad subsidiaria del colegio por los daños que tengan su origen en defectos que hubieran debido ser puestos de manifiesto por el colegio al visar el trabajo profesional, y que guarden relación directa con los elementos que se han visado en ese trabajo concreto).

En relación con el precio del visado, también se incorporan mejoras sustanciales, puesto que se obliga a los colegios a hacer públicos los precios de los visados de los trabajos. Se establece, por otro lado, que cuando el visado colegial sea preceptivo, su coste será razonable, no abusivo ni discriminatorio.

Pero probablemente uno de los elementos más relevantes de la reforma, por el volumen potencial de contratación que lleva asociado, se introduce en la nueva Disposición Adicional Quinta, de la que cabe interpretar que se permite que la Administración contrate con otras entidades distintas a los colegios los servicios de

51. El hecho de que se acoten por ley los motivos que pueden justificar la exigencia de un visado y se exija el análisis de su proporcionalidad debe valorarse positivamente, siempre que esos requisitos no resulten excesivamente laxos o generalistas. En este sentido es de agradecer que en la tramitación parlamentaria de la ley se hayan desatendido aquellas enmiendas que pretendían aumentar los requisitos previstos a aquellos trabajos que «afectaban a la salud» o a la «prestación de servicios de interés general o servicios públicos o a la protección de medio ambiente».

52. Además, conviene matizar que, por el primero de estos contenidos mínimos del visado, la identidad y habilitación profesional del autor del trabajo, los colegios no podrán facturar ninguna cantidad, pues la ley les obliga ahora, para la mejor defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, a que en su página web esté accesible de forma clara, inequívoca y gratuita el registro de colegiados, que estará permanentemente actualizado y en el que constarán, al menos el nombre y apellidos de los profesionales colegiados, su número de colegiación, los títulos oficiales de los que estén en posesión, el domicilio profesional y la situación de habilitación profesional.

comprobación documental o cumplimiento de normativa. Siendo así, esta posibilidad podría significar una apertura a la competencia muy positiva en materia de visado. Y, por ello, las autoridades de competencia deberían seguir el desarrollo de esta posibilidad con vistas a identificar los posibles obstáculos existentes para su materialización efectiva.

Por último, pero no menos significativo, la disposición transitoria tercera de la Ley Ómnibus estableció que, en el plazo máximo de cuatro meses desde su entrada en vigor, se aprobaría un real decreto estableciendo los visados que serían exigibles de acuerdo con el artículo 13 de la Ley de Colegios Profesionales. Pues bien, en el momento en el que se escriben estas líneas, el Gobierno ha elaborado de momento un proyecto de real decreto⁵³ donde, tras considerar individualmente los distintos trabajos profesionales y sin utilizar referencias genéricas como serían las derivadas de considerar las obligaciones de una normativa sectorial, restringe el número de visados obligatorios a tan sólo diez trabajos profesionales,⁵⁴ eliminando la obligatoriedad previamente existente en otros setenta: tres en el ámbito de la edificación, dos en el ámbito de voladuras y demoliciones de edificios, tres en el ámbito de la fabricación y venta de explosivos, uno relativo a recursos mineros y uno referido a la instalación de infraestructuras de telecomunicación.

En espera a su concreción definitiva, *a priori* conviene comentar que la reducción del número de visados obligatorios previstos en el proyecto de real decreto supondrá un importante ahorro de costes monetarios y administrativos para ciudadanos y empresas, y un importante estímulo a la competencia entre profesionales sin que, como protestan los colegios (fundamentalmente de arquitectos e ingenieros), se menoscabe en forma alguna la seguridad de los proyectos afectados por la eliminación. En efecto, por un lado, como ya hemos visto, el visado nunca ha comprendido la revisión técnica de los proyectos profesionales. Y, por otro lado, el control administrativo de las actividades que pueden afectar a la seguridad de las personas viene siendo realizado a través de otros instrumentos, como la exigencia de titulaciones específicas y la definición de responsabilidades asociadas al ejercicio profesional, la regulación sectorial, las obligaciones de aseguramiento, la labor de las entidades de certificación y control, y la propia función supervisora de las Administraciones Públicas. Pero esta posición numantina de los colegios únicos nos permite ciertas reflexiones. En primer lugar, ¿tan poca confianza tienen las élites colegiales en sus afiliados que deben supervisar sus trabajos? Y en segundo

53. Proyecto de Real Decreto sobre obligaciones de visado de trabajos profesionales, de 30 de abril, disponible en <http://www.meh.es/es-ES/Paginas/Obligacionesvisadoprofesionales.aspx>.

54. Proyecto de ejecución de edificación, certificado de final obra de edificación, proyecto de ejecución de edificación y certificado final de obra en los procedimientos de legalización de obras de edificación, proyecto de demolición de edificaciones que no requiera el uso de explosivos, proyecto de voladuras especiales cartuchería y pirotecnia, proyectos técnicos de establecimiento, traslado y modificación sustancial de una fabrica de explosivos, proyectos técnicos de instalación y modificación sustancial de depósitos comerciales y de consumo de materias explosivas, proyecto de establecimiento de talleres de cartuchería y pirotécnica y de depósitos no integrados en ellos, proyectos de aprovechamientos de recursos mineros y proyectos de infraestructuras de telecomunicaciones de edificios.

lugar, ¿cómo es posible que en los países de nuestro entorno se realicen proyectos seguros y de calidad sin que exista el visado? No parece fácil encontrar respuesta a tales preguntas.

Por último, y también a expensas de su aprobación definitiva, queríamos aplaudir las previsiones en favor de la competencia que incorpora el proyecto, al prever que, en el caso de los visados obligatorios, puedan competir todos los colegios en un mismo marco de competencia territorial o todos los colegios que sean competentes por razón de la materia a la que se refiera el trabajo.⁵⁵

7. CONCLUSIONES

Según el informe *Impacto en la economía española de las profesiones colegiadas: un estudio sobre la producción y el empleo* (Unión Profesional, 2006), el valor añadido bruto a precios de mercado generado por las profesiones colegiadas en España representaba en 2006 casi el 9 % del PIB. Los casi 90⁵⁶ colegios existentes en España –de los cuales una parte sustancial han sido creados por normas autonómicas y no existen a nivel estatal– agrupaban en 2006, según ese mismo informe, un empleo total mayor a 1,4 millones de efectivos, un 8,8 % del empleo total de ese año, aglutinando al 30 y 40 % de los ocupados con credenciales universitarias y de los doctores, respectivamente.

Para un sector económico de tal dimensión, capaz de atraer y concentrar los mejores talentos de nuestra sociedad y tan imbricado en nuestra estructura económica no se puede pretender mantener una regulación cuasi-feudal de acceso y de ejercicio de los servicios profesionales que le permita actuar al abrigo de la competencia y al servicio de los intereses corporativos o de sus élites dirigentes. Se tiene, por el contrario, la obligación y la responsabilidad de acometer sustanciales reformas modernizadoras de su estructura y funcionamiento con vistas a permitir la libre competencia entre todos aquellos habilitados para el ejercicio de una actividad profesional y extraer así todo el potencial disponible en términos de crecimiento económico y el empleo.

Las autoridades de competencia en España han sido testigos de excepción durante los últimos veinte años de un abundante despliegue de instrumentos por parte de los colegios que tenía como principal objetivo introducir restricciones a

55. Los comentarios de la CNC al proyecto de RD pueden consultarse en su Informe de 19 de mayo, disponible en www.cncompetencia.es/Inicio/Informes/Informes/tabid/166/Default.aspx. Básicamente, la CNC considera que existe una duplicación innecesaria de controles administrativos en determinados trabajos profesionales contratados por las Administraciones Públicas que no forman parte de la Administración General del Estado (i.e. aquellos para los que la Ley de Contratos Públicos establece que es obligatorio un informe de las oficinas de supervisión de proyectos). Por otra parte, y sin perjuicio de lo anterior, la CNC considera que no está justificada la obligatoriedad del visado de al menos cuatro de los diez trabajos profesionales para los que el proyecto mantiene dicha obligatoriedad.

56. Según el Informe sobre el sector de los servicios profesionales y colegios profesionales (CNC, 2008).

la competencia tanto entre los colegiados de un determinado colegio como entre éstos y los que quedaban fuera del perímetro de cualquier reserva de actividad que se definiera por norma legal, reglamentaria o estatutaria.

Frente a la presión y descalificaciones de los colegios profesionales a las autoridades de competencia, se sitúan los derechos de muchos profesionales, colegiados o no, así como de usuarios, que no sólo animan la labor de la CNC y otras autoridades autonómicas, sino que son parte esencial de los expedientes mediante sus denuncias. No nos resistimos a mencionar la cuestión del visado colegial obligatorio, específico y singular de nuestro país, sin réplica en las principales economías de la Unión Europea. Pareciera que nuestros arquitectos e ingenieros carecieran del suficiente crédito para diseñar y construir puentes o edificios, sin estar antes avalados por su colegio profesional. Necesitaría probablemente otro artículo como éste para desmontar todos y cada uno de los confusos argumentos esgrimidos por algunos colegios profesionales para defender la obligatoriedad del visado, algunos de ellos tan pintorescos y paternalistas como el que señala que el visado obligatorio elimina las barreras de entrada a nuestros jóvenes profesionales y otros de tono abiertamente inmovilista, como el que reclama que ha demostrado ser un sistema de control eficaz (*¡sic!*) desde su creación en el año 1931.

La modificación de la Ley de Colegios Profesionales incorpora muchos pasos en la dirección correcta, pero es preciso seguir con especial atención su desarrollo en la práctica. Se trata sin duda de una labor a largo plazo, que esperemos que se desarrolle sin prisa, pero sin pausa, y siempre de forma coherente y consistente.

Óscar Latorre Ferrer

... Los colegios profesionales de España, como los de otros países, han sido creados en un momento histórico de transición de un sistema de control de la actividad profesional a otro, basado en la responsabilidad individual de los profesionales. Este sistema de control de la actividad profesional, basado en la responsabilidad individual de los profesionales, es el que ha permitido que los colegios profesionales de España, como los de otros países, hayan sido capaces de cumplir su función social y de contribuir al desarrollo de la actividad profesional en España.

... El sistema de control de la actividad profesional, basado en la responsabilidad individual de los profesionales, es el que ha permitido que los colegios profesionales de España, como los de otros países, hayan sido capaces de cumplir su función social y de contribuir al desarrollo de la actividad profesional en España.

1. Véase el artículo de Latorre Ferrer, Óscar, "El sistema de control de la actividad profesional en España", *Revista de Derecho de la Universidad de Valencia*, vol. 1, núm. 1, 1997, pp. 1-10.

2. Véase el artículo de Latorre Ferrer, Óscar, "El sistema de control de la actividad profesional en España", *Revista de Derecho de la Universidad de Valencia*, vol. 1, núm. 1, 1997, pp. 1-10.

3. Véase el artículo de Latorre Ferrer, Óscar, "El sistema de control de la actividad profesional en España", *Revista de Derecho de la Universidad de Valencia*, vol. 1, núm. 1, 1997, pp. 1-10.

JUSTIFICACIÓN JURÍDICO-ECONÓMICA DE LAS CONDUCTAS POR OBJETO

INMACULADA GUTIÉRREZ CARRIZO

JULIO COSTAS COMESAÑA

Consejeros de la CNC¹

1. INTRODUCCIÓN

Tanto en el Derecho de la Unión Europea (artículo 101 TFUE)² como en el Derecho nacional de defensa de la competencia (artículo 1 LDC),³ los acuerdos y conductas colusorias están prohibidos si y sólo si tienen por objeto o efecto restringir la competencia.

Este carácter alternativo de la fundamentación de la prohibición –por objeto o por efecto– es causa de no poca controversia. A menudo se oyen voces que manifiestan que las autoridades recurren en exceso a la figura de las conductas por objeto y que con ello se cae en un análisis formalista que ignora el análisis económico. Se defiende que el denominado «enfoque basado en los efectos» debería ser más utilizado y que ello supone una aplicación del derecho de la competencia más cercana a la economía y más moderna.

No cabe duda de que ha habido épocas en que se ha abusado de un enfoque, llamémosle formalista, en el que se han tachado de anticompetitivas por su forma conductas que carecían desde un punto de vista económico de aptitud para distorsionar la competencia. Éste fue un sesgo que llevo a decisiones controvertidas más en sede del artículo 2 LDC y art. 102 del TFUE, pero también en lo que se refiere a los acuerdos verticales e incluso horizontales. Todo ello motivó o, al menos,

1. El trabajo contiene opiniones estrictamente personales de los autores, no comprometiendo en absoluto la actuación de la Comisión Nacional de la Competencia.
2. El Tratado de Lisboa, que entró en vigor el 1 de diciembre de 2009, modificó el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado CE), que ha pasado a denominarse Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).
3. Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

fue una de las causas de la llamada modernización del derecho de la competencia en el contexto de la Unión Europea que, entre otras cosas, ha llevado a conferir un mayor peso al enfoque económico no sólo a la hora de analizar los casos, sino también de diseñar las reglas en materia de competencia (léase reglamento, directrices, orientaciones, etc.).

Posiblemente ahora nos encontramos inmersos en un movimiento pendular que lleva a desacreditar, ya sea por convicción o por interés, aquél análisis que no pase esa denominada «prueba de efectos». Sin embargo, esta postura supone a nuestro juicio olvidar algunos presupuestos fundamentales que en este artículo tratamos de recordar.

La prohibición de las denominadas «conductas por objeto», esto es, aquellas que por su propia naturaleza poseen el potencial de restringir la competencia, es inherente a un sistema de defensa de la competencia eficaz. Tal prohibición no es ajena a la racionalidad económica ni al enfoque efectos que tanto se reivindica. En este sentido, aunque hay conductas que despiertan y despertaran debate, la controversia sobre algunas de ellas nos parece, hasta cierto punto, gratuita.

A continuación repasamos el concepto de restricción por objeto para luego adentrarnos en el papel que desempeña este tipo de restricciones en el sistema de defensa de la competencia y cuál es su lógica jurídico-económica. Por último, planteamos si determinados acuerdos como son los intercambios de información deben caer en el ámbito de las conductas por objeto.

2. EL CONCEPTO DE RESTRICCIÓN POR OBJETO Y SUS EFECTOS JURÍDICOS

El Tribunal de Justicia ha señalado que son restricciones de la competencia por objeto las que «por su propia naturaleza» se pueden considerar perjudiciales para el juego normal de la competencia, lo que se determina mediante el examen del contenido de sus disposiciones, de la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como del contexto económico y jurídico en el que se inscribe, y a la luz de los objetivos de las normas comunitarias de competencia.⁴

Más concretamente, el Tribunal de Justicia ha afirmado que «para tener un objeto contrario a la competencia, basta con que la práctica concertada pueda producir efectos negativos en la competencia. Dicho de otro modo, sólo tiene que ser concretamente apta, teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común».⁵

4. STJUE de 20 de noviembre de 2008, As. C-209/07 *Beef Industry*, párrafos 16 y 17; STJUE de 4 de junio de 2009, As. C-8/08 *T-Mobile Netherland*, párrafo 27; STJUE de 6 de octubre de 2009, As. C-501/06 P y acumulados *GlaxoSmithKline*, párrafo 58, y Directrices relativas a la aplicación del artículo 101.3 TFUE, párrafo 21.

5. STJUE de 4 de junio de 2009, As. C-8/08 *T-Mobile Netherland*, párrafo 31.

La CNC comparte esta doctrina. Entre las últimas resoluciones, en la Resolución de la CNC FIAB Y ASOCIADOS Y CEOPAN, se afirma: «La infracción del artículo 1.1 LDC existe desde el momento en que se realiza una recomendación colectiva cuyo objeto se ha probado anticompetitivo. La actuación de las asociaciones es formalmente objetable, más allá de sus efectos. Como se ha argumentado en el fundamento de Derecho anterior, que la recomendación no tuviese efecto en el mercado es algo intrascendente, puesto que tal efecto no es exigido por el tipo de infracción. Existe infracción del artículo 1 LDC porque la conducta protagonizada por las asociaciones que se analiza en este expediente es objetivamente apta para restringir la competencia por el contenido de las notas de prensa, por su difusión y por quiénes las han realizado, que además han cooperado con el fin de reforzar su eficacia».⁶

Una lectura a primera vista de las directrices relativas a la aplicación del artículo 101.3 TFUE podría inducir a pensar que la Comisión equipara restricciones por objeto a objeto u objetivo del acuerdo, cuando no es así porque son nociones distintas. El hecho de que las partes persigan con el acuerdo un fin legítimo (v. gr., introducir un nuevo producto o remediar los efectos de una crisis sectorial) no debe tener ninguna influencia en el análisis del objeto restrictivo de parte del contenido del acuerdo.⁷ En este sentido, bajo la prohibición del artículo 1 LDC y 101 TFUE, el concepto de acuerdo tiene un marcado carácter objetivo: basta con que la conducta tenga la aptitud para provocar la distorsión o falseamiento de la competencia. No es necesario el presupuesto de intencionalidad para decretar la prohibición. Como ha dejado claro el TDC y los órganos de revisión jurisdiccional han refrendado: «(...) se trata de un concepto objetivo de acuerdo, pues éste resultará prohibido cualquiera que haya sido la motivación que guió la actuación de las partes, si por su contenido y/o contexto económico se muestra apto para restringir la competencia».⁸

La naturaleza restrictiva de la competencia del acuerdo o práctica concertada puede ser más o menos evidente en función de las circunstancias del caso. Como señala la Comisión, en unos casos basta con analizar el contenido del acuerdo y la finalidad que objetivamente persigue para poder concluir, con el grado de certeza que es exigible en Derecho, que se trata de una restricción por objeto. Tal será el caso de las generalmente consideradas como restricciones especialmente graves o *hard-core restrictions*, categoría en la que se pueden incluir con general

6. Resolución de 14 de octubre de 2009, expte. S/0053/08, fd 67. En términos similares, también la Resolución de la CNC *Inprovo* de 28 de septiembre de 2009 (expte. S/0055/08, fd 4º).
7. STJ IAZ de 8 noviembre de 1983, Ass. 96/82 y otros acumulados, párrafo 25, STG de 9 de julio de 2009, S: T-450/05 *Peugeot Nederland*, párrafos 55 y 56, y STJUE de 20 de noviembre de 2008, As. C-209/07 *Beef Industry*, párrafo 21. En el párrafo 17 de esta sentencia, se utilizan los conceptos de «infracciones por objeto» e «infracciones por efecto». Como defendemos en el texto estas expresiones no son equivalentes a «restricciones por objeto» y «restricciones por efecto».
8. Resolución de 18 de octubre de 2006 recaída en el expte. 603/05 Procuradores Pontearreas y ratificada por SAN de 17 de junio de 2008.

aceptación las conductas concertadas de fijación horizontal de precios, limitación de la producción y reparto de mercados y clientes, así como, probablemente, las demás conductas que se enumeran en los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC a modo de ejemplos de conductas restrictivas incluidas dentro de la cláusula general prohibitiva.

En otros supuestos menos claros o evidentes, resulta preciso analizar otros factores adicionales, como «el contexto en el cual se aplica (o se aplicará) y la conducta y comportamiento efectivos de las partes en el mercado. Es decir, puede ser preciso estudiar los hechos que subyacen al acuerdo y las circunstancias específicas en que se aplica antes de poder concluirse que una restricción particular constituye o no una restricción de la competencia por objeto. El modo en que un acuerdo se aplica en la práctica puede poner de manifiesto una restricción por objeto aun cuando el acuerdo no contemple expresamente disposiciones a tal fin. Las pruebas de que las partes albergan la intención subjetiva de limitar la competencia constituyen un factor importante, pero no son condición necesaria».⁹

Es importante tener presentes los efectos jurídicos de calificar una conducta colusoria como restricción por objeto. El carácter alternativo de la condición restrictiva, por objeto o por su efecto, de la conducta concertada conduce a la prevalencia del concepto de objeto sobre el de efecto, en el sentido de que sólo resultará necesario el análisis de efectos (de la aptitud del acuerdo para generarlos) cuando no se haya podido probar que es restrictivo por objeto. Así lo proclama la Comisión siguiendo a la jurisprudencia comunitaria: «Cuando un acuerdo no sea restrictivo de la competencia por su objeto, debe examinarse si tiene efectos restrictivos en la competencia».¹⁰

Por lo tanto, la relevancia de la distinción entre restricción por objeto y restricción por efecto es de naturaleza probatoria, como puso de relieve el Tribunal de Justicia desde el primer momento: «resulta superfluo tomar en consideración los efectos concretos de un acuerdo cuando resulte que éste tiene por objeto restringir... el juego de la competencia».¹¹ Una doctrina que la Comisión recoge en sus directrices sobre el artículo 101.3 TFUE, al señalar que «En el caso de las restricciones de la competencia por efecto, no hay presunción de efectos anticompetitivos» (párrafo 24), y por ello es posible sancionar infracciones por objeto que no han sido ejecutadas o puestas en práctica.

Las resoluciones de la CNC muestran este mismo enfoque. Citamos como ejemplo relativamente reciente lo dicho en la resolución recaída en el expediente denominado Seguro Decenal: «La conducta realizada (un cártel complejo de fija-

9. Directrices relativas a la aplicación del artículo 101.3 TFUE, párrafo 22. La Sentencia de la Audiencia Nacional (SAN) de 15 de enero de 2010 valoró la intencionalidad expresada por escrito por las partes, en el sentido de que determinada cláusula del convenio se incluía «a fin de evitar la competencia», como prueba de la finalidad restrictiva de la conducta sancionada por la Resolución de la CNC de 7 de mayo de 2008 (expte. 632/07, *Feriantes Ayuntamiento de Peralta*).

10. Directrices relativas a la aplicación del artículo 101.3 TFUE, párrafo 24.

11. STJUE de 13 de julio de 1966, Ass. 56 y 58/64 *Grundig*.

ción de precios mínimos) es una infracción por objeto, por lo que no es necesario acreditar sus efectos reales o potenciales sobre el mercado para concluir que constituye una conducta prohibida por los arts. 81.1 TCE y 1.1 Ley 16/1989».¹²

Una lectura a nuestro juicio superficial lleva a concluir que el efecto jurídico de calificar una conducta como restricción por objeto es eximir a las autoridades de competencia de la necesidad de realizar un análisis económico de los efectos reales o potenciales de la conducta restrictiva por objeto y aligerar la carga de la prueba. Las repercusiones perversas de esta lectura se amplifican por el temor a que, en los supuestos menos claros o evidentes, haya una excesiva tendencia por parte de las autoridades a calificar de restrictivas por objeto las conductas o, incluso, a calificar de restricciones por objeto conductas que no son tales. Con ello las autoridades, supuestamente, soslayarían el rigor de la prueba.

Ante este riesgo se reivindica el papel del análisis de efectos para calificar las conductas de restrictivas. Según ello, deben analizarse los efectos de la conducta para asegurarnos de que el acuerdo es restrictivo. El problema es que, desenfocando el razonamiento, a menudo se reivindica este análisis de efectos de forma absolutamente descontextualizada, llegando a manifestarse, con más frecuencia de lo que parece, que es necesario demostrar los efectos para calificar la conducta de restrictiva. Como decíamos antes, como consecuencia de este movimiento pendular, se aspira a modificar el carácter alternativo de la condición restrictiva que gobierna el artículo 1 de la Ley 15/2007 y el art. 101 del TFUE.

Este enfoque, en cierta forma, parte de una profunda desconfianza hacia el rigor con que realizan o deben realizar su tarea no sólo las autoridades de la competencia, sino también los órganos encargados de la revisión jurisdiccional de las decisiones de competencia dictadas por aquéllas. Sin embargo, no se trata de banalizar un debate que ha llegado a los propios órganos comunitarios de revisión jurisdiccional.¹³ Es necesario razonar al respecto y clarificar el papel que desempeñan las restricciones por objeto y los límites de las mismas.

¿Por qué no valorar en cada caso los efectos y perseguir sólo aquellas conductas que los hayan tenido? Aparentemente con ello se reduciría el riesgo de error y se aseguraría que no se rebaja el nivel de prueba de forma inadecuada.

La respuesta es que ese planteamiento supondría olvidar que el diseño de las reglas de competencia obedece a una lógica que no desatiende ni al análisis económico ni a los efectos de las conductas. Bien al contrario, se fundamenta en ellos.

12. Resolución de 12 de noviembre de 2009, expte. S/0037/08 Seguro Decenal. En este sentido también se han pronunciado nuestros tribunales, pudiendo citarse entre las últimas la sentencia de la Audiencia Nacional *Caja Vital* de 6 de noviembre de 2009.

13. En este sentido es muy elocuente la opinión del Tribunal de Justicia en el caso *GlaxoSmithKline*, pues frente a la opinión expresada por el Tribunal General, señala que «supeditar la existencia del objeto contrario a la competencia a la prueba de que el acuerdo conlleve inconvenientes para los consumidores finales» es un error de Derecho. STG de 27 de septiembre de 2006, As. T-168/01, párrafo 121 y STJUE de 6 de octubre de 2009, As. C-501/06 P y acumulados, párrafos 62 a 64. Esta doctrina del Tribunal de Justicia es objeto de crítica por algún autor: L. Idiot, «Le retour de l'objet anticoncurrentiel...», *Concurrences. Revue des droits de la concurrence*, nº 4-2009, p. 1-2.

Dicho planteamiento de constatación en cada uno de los casos de los efectos supondría también incurrir en riesgos y en costes todavía mayores para las empresas y para la sociedad en su conjunto, como a continuación exponemos.

3. LAS CONDUCTAS POR OBJETO Y EL DISEÑO DE LAS REGLAS DE COMPETENCIA

El Derecho de la Competencia trata de evitar determinadas prácticas que obstaculizan el correcto funcionamiento de los mercados y que, al hacerlo, deterioran la eficiencia productiva, asignativa y dinámica reduciendo con ello, en última instancia, el bienestar económico.

Lo anterior se asienta en varios presupuestos. Primero, el fundamento y la razón de ser del sistema de defensa de la competencia es eminentemente económico. Ello sin perjuicio de que, tratándose de un derecho esencialmente sancionador, los procedimientos de competencia deben respetar los principios que rigen en el derecho administrativo sancionador.

Segundo, la función del derecho de la competencia es primordialmente disuasoria. Se trata de evitar conductas que perjudican al funcionamiento de los mercados y por ende al bienestar. La sanción no es un fin, es un medio para lograr objetivos social y económicamente deseables.

Tercero, se trata de una prohibición amplia. Se prohíben todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que, en el caso del art. 101 del TFUE, puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. Se establece, además, que la prohibición podrá declararse inaplicable a aquellos acuerdos que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, sin que impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos ni ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate. En definitiva, el reproche de ilicitud constituye un paso ulterior del doble examen que exige la aplicación de los artículos 101 TFUE y 1 LDC, y resultará del carácter injustificado de la restricción o de la ausencia de eficiencias que al menos compensen sus efectos perniciosos sobre la competencia.

Pese a lo prolijo que pueda parecer el enunciado, la cuestión de cuándo se cumple el presupuesto del tipo infractor queda muy abierta a las normas de desarrollo que se dicten –ya sea normas como tales o *soft law*– la doctrina que las interprete.

No debe extrañarnos esta apertura en la interpretación desde el momento en que la competencia económica es un concepto que carece de una definición uni-

taria, probablemente a causa de su permeabilidad por valores de política económica en sentido amplio. De la misma forma, cómo entender el perjuicio sobre la eficiencia económica, en qué plazo, así como qué bienestar económico protegemos —¿el de los consumidores, el general?— son cuestiones que no tienen una sola respuesta. Es necesario por ello contar con criterios, pautas, reglas de decisión o como quiera denominárseles, que aporten certidumbre al sistema y a las partes que en él operan.

Incluso teniendo claros los objetivos, es necesario que el sistema sea operable con eficacia. Las autoridades podrían examinar cada acuerdo y valorar las restricciones que introduce sobre la competencia, los efectos que las mismas tienen en el mercado y las eficiencias que aporta, para establecer el saldo neto de todo ello y decidir si le es de aplicación la prohibición o no. Sin embargo, ello no resultaría en un sistema eficaz. Es conocido que determinados tipos de prácticas con elevada probabilidad generan efectos perversos y nocivos que es preferible evitar. ¿Deben entonces las autoridades enfrascarse en un detallado análisis de los efectos de la práctica antes de concluir que la misma está prohibida una y cada vez que se enfrenten a ella?

La respuesta claramente es no. De nuevo, son necesarias reglas que aporten seguridad jurídica y eficacia decisoria en el sistema, cumpliendo además con el objetivo disuasorio del mismo.

Para diseñar un sistema eficaz esas reglas deben tener fundamentalmente en cuenta dos variables: la probabilidad de que al aplicar la regla se cometan errores y su coste y el coste del sistema en sí mismo.¹⁴

La probabilidad de ocurrencia de un determinado suceso se define en estadística como la proporción de veces que ocurriría dicho suceso si se repitiese un experimento o una observación en un número grande de ocasiones bajo condiciones similares. El análisis económico nos sugiere que, bajo determinadas condiciones de mercado, la probabilidad de que ciertos tipos de acuerdos sean perjudiciales para la eficiencia y para el bienestar es muy grande y su coste, muy elevado. Por ello, la normativa de competencia pretende prevenir su existencia y, como regla general, resultan ilícitos.

Así, cuando el análisis económico y la experiencia —que se refleja en la doctrina— muestran que determinadas conductas presentan en general un potencial muy elevado de efectos restrictivos, lo racional es emplear una regla de ilegalidad *per se*. La probabilidad de que, en esos casos, la decisión de prohibir la práctica sea errónea es muy baja y no es necesario ni deseable emplear recursos públicos en acreditar sus efectos reales nocivos sobre el mercado en cada caso. No olvidemos, además, que el objeto de las reglas es eminentemente disuasorio. Se trata de que los operadores económicos conozcan de antemano que deben eludir ese tipo de prác-

14. Para una descripción del denominado «Error-cost Framework» en el derecho *antitrust* ver el artículo «The limits of antitrust» del que es autor Frank H. Easterbrook, originalmente publicado en la *Texas Law Review*, vol. 63, 1984 y reeditado en la revista *Competition Policy International*, vol. 1, nº 1, primavera 2005.

ticas por el daño que generan. No en vano el coste de que se produzcan y no sean detectadas y/o sancionadas por las autoridades es todavía mayor para la economía en su conjunto.

El análisis económico y la evidencia empírica concluyen que los acuerdos entre competidores de precios y de reparto de mercado –categoría en la que incluiríamos las recomendaciones colectivas y los boicots– están en este ámbito. Se trata de acuerdos que tienen capacidad para distorsionar la competencia y que alteran la eficiencia asignativa y dinámica y, a menudo, la productiva, en detrimento del bienestar. Son acuerdos además que raramente producen eficiencias que puedan repercutir en beneficio de terceros.

Puede haber prácticas que en general presentan un potencial elevado de efectos restrictivos, aunque su efecto puede depender del contexto jurídico-económico en que se producen. El análisis económico nos ayuda a discernir el conjunto de factores en presencia de los cuales el potencial de la conducta para restringir la competencia o, por el contrario, para no resultar lesiva, es mayor. En esos casos pueden resultar más eficaces reglas basadas en presunciones rebatibles: se parte de un determinado presupuesto que se puede revertir con base en los hechos. Dichos presupuestos se fundan en conclusiones que el análisis económico nos aporta con un grado de certeza suficiente. Así, determinados tipos de acuerdo bajo ciertas circunstancias del mercado y a la vista de la posición de las partes en el mismo pueden considerarse como regla general lícitos o ilícitos, sin perjuicio de que las circunstancias particulares del caso puedan modificar este análisis.

Los Reglamentos de Exenciones por categorías son un claro ejemplo del funcionamiento de este tipo de reglas. Se generan ciertas reglas basadas en el análisis económico que permiten señalar en qué casos se considera que los acuerdos no generan restricciones de la competencia. Si no se cumplen los requisitos previstos en esas reglas, el riesgo de error es mayor, esto es, el riesgo de que se puedan declarar lícitos acuerdos que si restringen la competencia. Por ello, en esos casos se debe proceder a un análisis más individualizado y casuístico.

Cuando la naturaleza de la conducta y el contexto jurídico-económico es tal que el análisis económico no nos aporta reglas concluyentes, esto es, sujetas a una probabilidad de error y a un coste lo suficientemente reducidos, será preferible recurrir al denominado balance concurrencial, esto es, al análisis de los efectos que la conducta restrictiva tiene y a sus posibles eficiencias y a sopesar el balance de los mismos. En esos casos, ante la dificultad para esgrimir reglas eficaces para la consecución de los objetivos que se pretenden, es preferible incurrir en el análisis detallado de los efectos de la conducta. Pero no nos olvidemos de la dificultad que este análisis tiene y el tiempo y los recursos que consume. No sólo para las autoridades, también para las empresas. Este es el tipo de análisis que se debe realizar, sin ir más lejos, en una segunda fase de una operación de concentración. Tanto las autoridades como las empresas son bien conscientes del esfuerzo que supone evaluar y, más aún, medir esos efectos.

De hecho, si verdaderamente se piensa que puede haber un sesgo de las auto-

ridades a magnificar los efectos anticompetitivos, ignorando las eficiencias de las conductas, resulta más fiable restringir el enfoque efectos a aquellos casos en que sea necesario, reduciendo con ello no sólo los costes del sistema, sino la incertidumbre del mismo y la probabilidad de una evaluación inadecuada. Con sesgo o sin él, no cabe duda de que disponer de este tipo de reglas resulta más eficaz para autoridades y empresas y aporta mayor seguridad jurídica al sistema. No en vano, por cierto, uno de los pilares de la modernización del sistema comunitario de defensa de la competencia y también de los sistemas nacionales ha sido la supresión del sistema de autorización singular, que se basaba fundamentalmente en el análisis de los efectos caso a caso.

A partir de lo expuesto es importante incidir en varias cuestiones relevantes. En primer lugar, que el efecto jurídico de calificar una conducta como restricción por objeto no es eximir a las autoridades de competencia de la necesidad de realizar un análisis económico de los potenciales efectos de la conducta. Ese análisis ya está implícito, dicho sea de paso, en la calificación de una conducta como restricción por objeto. Cuestión a parte es que pueda pensarse que la fundamentación económica de la regla de decisión que se aplica (ya se encuentre contenida en un reglamento, una comunicación o en la propia doctrina) no es la correcta o que es rebatible. Esto es, que a la vista de la experiencia, de la evidencia empírica y/o de las conclusiones del análisis económico debe revisarse el criterio que se emplea. Pero ello no debe llevarnos a cuestionar la aplicación de la regla al caso, sino a debatir sobre la regla por si procede su modificación.

Segundo, esta forma de articular el sistema *antitrust* tiene grandes paralelismos con las reglas del sistema norteamericano. Es cierto que esta distinción entre restricciones por objeto y restricciones por efecto, que realizan los artículos 101 TFUE y 1.1 LDC (así como otras leyes nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea), no está en el texto de la prohibición de colusión que formula el artículo 1 de la Sherman Act de 1980, que dispone:

Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.

No obstante, superando una inicial interpretación literal del precepto transcrito, el Tribunal Supremo norteamericano tiene establecido que no se prohíbe toda restricción de la autonomía de comportamiento de las empresas, sino sólo los acuerdos que restringen la competencia de manera no razonable. Y al objeto de establecer cuándo un acuerdo restringe la competencia de forma no razonable, el mencionado Tribunal Supremo ha desarrollado dos reglas o test de legalidad contrapuestos: la regla *per se* y la regla de lo razonable.

El Tribunal Supremo reserva la regla *per se* para aquellos acuerdos que por su propia naturaleza constituyen restricciones no razonables, sin necesidad de examinar la intención de las partes y sus efectos sobre el mercado; por lo tanto, restric-

ciones de la competencia prohibidas en todo caso. Por el contrario, la *rule of reason* exige analizar si la conducta concertada ha causado o puede causar un efecto restrictivo sobre la competencia y, en su caso, demostrar que tal efecto restrictivo no es indispensable para alcanzar el fin lícito perseguido, para poder concluir que es una restricción ilegal al amparo del artículo 1 de la Sherman Act.

Cuestión aparte es que ciertos tipos de acuerdos que en el contexto europeo caen en el ámbito de un tipo de regla puedan verse bajo otro en el contexto norteamericano. Esta es una cuestión sin duda interesante, pero que escapa al objeto de este artículo.

Tercero, no toda restricción por objeto es *per se* ilegal. En la medida en que la aplicación de la regla *per se* conlleva una presunción de ilegalidad *antitrust* de la conducta concertada a la que se aplica, podríamos asimilar la regla jurisprudencial norteamericana con el concepto de restricción por objeto. Ahora bien, esta analogía sería correcta siempre que se identifique restricción por objeto con restricción ilegal *per se*; esto es, con una *hard-core restriction* o restricción no razonable, siendo ésta una asimilación que no está exenta de polémica.

En efecto, la jurisprudencia comunitaria nos dice que una vez demostrado que una restricción es por objeto, no es necesario verificar la existencia de cualesquiera efectos reales de restricción de la competencia «a efectos de aplicación del apartado 1 del artículo 81 [101 TFUE]», y añade «En cambio, el apartado 3 del artículo 81 [101 TFUE] no distingue entre acuerdos que tienen por objeto restringir el juego de la competencia y acuerdos que producen ese efecto. El apartado 3 del artículo 81 [101 TFUE] se aplica a todos los acuerdos que reúnan las cuatro condiciones en él recogidas». ¹⁵ Es decir, el efecto jurídico de calificar una conducta concertada como restricción por objeto radica en el establecimiento de una presunción, basada en la experiencia y en el análisis económico, de que es objetivamente apta para generar efectos restrictivos de la competencia, cuya ilicitud pende en último término del balance de eficiencias a que obligan los artículos 101.3 TFUE y 1.3 LDC. No es un efecto jurídico irrelevante o menor, porque tal presunción de efectos restrictivos que no de ilegalidad *per se* provoca un desplazamiento de la carga de la prueba, de la autoridad de competencia a la empresa responsable de la restricción por objeto.

Cuarto, lo dicho no implica que, más allá de inspirar las reglas, el análisis económico carezca de sentido en el análisis de las conductas por objeto. Por un lado, como ya hemos apuntado, la valoración de si un acuerdo o práctica concertada es o no una restricción por objeto se realiza en sede del número 1º de los artículos 101 TFUE y 1 LDC, atendiendo a su contenido, a su finalidad objetiva y al contexto jurídico y económico en el que se debe aplicar. ¹⁶ Luego las circunstancias

15. Entre otras, STJUE de 4 de junio de 2009, As. C-8/08 *T-Mobile Netherland*, párrafo 30, y Directrices relativas a la aplicación del artículo 101.3 TFUE, párrafo 20.

16. STJUE de 20 de noviembre de 2008, As. C-209/07 *Beef Industry*, párrafo 16.

económicas que rodean al caso también forman parte del análisis de la conducta y pueden conducir, entre otras cuestiones, a que se concluya que la prohibición no aplica en virtud del artículo 5 LDC y, en particular, del artículo 3 RDC. Incluso si se concluye que el acuerdo es restrictivo el doble análisis confiere al análisis económico un importante papel en la aplicación de los criterios del apartado 3 del art. 1 LDC y del 101 TFUE. En los casos de conducta ilícita por su objeto, los efectos pueden ser tenidos en cuenta a la hora de graduar el importe de la sanción. En particular, en términos de la comunicación sobre cuantificación de las sanciones,¹⁷ el porcentaje a aplicar al volumen de ventas afectado por la infracción para calcular el importe básico de la infracción.

Esto es, que a la vista de la experiencia, de la evidencia empírica y/o de las conclusiones del análisis económico debe revisarse el criterio que se emplea. Pero ello no debe llevarnos a cuestionar la aplicación de la regla al caso, sino a debatir sobre la regla por si procede su modificación.

4. LOS INTERCAMBIOS DE INFORMACIÓN COMO RESTRICCIONES POR OBJETO

Como antes se decía, no deja de ser lógico –y saludable– que se produzca debate sobre el tratamiento –o regla de decisión– que debe guiar el análisis de determinados tipos de acuerdo. Sin ir mas lejos, recientemente hemos vivido en materia de restricciones verticales un ejercicio de estas características que ha conducido a la modificación del Reglamento de Restricciones Verticales y de sus Directrices, entre otras cuestiones, para armonizar el mismo en mayor medida con las conclusiones a que nos lleva el análisis económico sobre el análisis de los acuerdos verticales.

Probablemente otra de las figuras cuyo tratamiento se encuentra sujeto a cierta controversia es el de los intercambios de información. Estas conductas no figuran en la lista de conductas restrictivas de los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC, probablemente porque es un tipo de conducta instrumental, a menudo necesaria para alcanzar alguna o algunas de las restricciones por objeto que en esos preceptos se citan como ejemplos de conductas restrictivas especialmente graves: fijación de precios, limitación de la producción o reparto de mercados y clientes entre competidores.

Como ya hemos considerado más arriba, esta circunstancia y particular naturaleza no excluye las conductas de intercambio entre competidores de información estratégica para competir de la categoría de restricciones por objeto en el sentido de los artículos 101.1 TFUE y 1.1 LDC, pues tal valoración no depende del tipo de conducta (acuerdo, decisión o práctica concertada), sino que se determina en

17. Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de defensa de la competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea.

función del contenido de sus disposiciones, de la finalidad objetiva que pretende alcanzar, así como del contexto económico y jurídico en el que se inscribe, es decir, caso por caso.¹⁸

En la sentencia *Jonh Deere*, 'leading case' en materia de intercambios de información, el Tribunal de Justicia viene a señalar que la obligación de competir que impone el artículo 101 TFUE, en el sentido de que las empresas deben determinar autónomamente la política que pretenden seguir en el mercado, «no excluye el derecho de los operadores a adaptarse con habilidad al comportamiento que han comprobado o que prevén que seguirán sus competidores, se opone sin embargo de modo riguroso a toda toma de contacto directo o indirecto entre dichos operadores que tenga por objeto o por efecto abocar a condiciones de competencia que no corresponderían a las condiciones normales del mercado de que se trate, tendiendo en cuenta la naturaleza de los productos entregados o los servicios prestados, la importancia y el número de las empresas así como el volumen de dicho mercado».¹⁹

Desde esta sentencia, la doctrina interpreta que el carácter anticompetitivo de un intercambio de información depende de las características del mercado en el que tenga lugar (grado de concentración, transparencia, estabilidad de las cuotas, complejidad, etc.) y del tipo de información intercambiada (agregada o no, pública o no, antigüedad, frecuencia del intercambio, detalle de la información, etc.). La necesidad de realizar, en todo caso, este análisis del contexto jurídico y económico en el que se produce el intercambio de información, permite afirmar que estas conductas no están prohibidas de forma automática,²⁰ lo cual no significa que no puedan constituir una restricción de la competencia por objeto, cuando de resultados de ese análisis se puede concluir que la conducta genera una transparencia artificial entre las partes apta para alterar su comportamiento competitivo, en cuyo caso su calificación como restricción por objeto en el sentido del artículo 101.1 del TFUE y 1.1 de la LDC no exige la constatación de los efectos.²¹ En realidad este

18. STJUE de 4 de junio de 2009, As. C-8/08 *T-Mobile Netherland*, párrafos 23 y 24.

19. STJUE de 28 de mayo de 1998, As. C-7/95 P, párrafos 86 y 87. En la STJUE de 1 de octubre de 2003 (As. C-195/99 *Kupp Hoesh Stahl*), el Tribunal afirma que un sistema de intercambio de información puede constituir una infracción de las normas de competencia «aun cuando el mercado de que se trata no sea un mercado oligopolístico fuertemente concentrado», como era el caso en el asunto de los tractores (párrafo 63). Siguiendo a la sentencia *Jonh Deere*, la *Autoridade da Concorrência* portuguesa en una resolución de diciembre de 2005 (http://www.concorrancia.pt/download/comunicado2008_21.pdf) considera que la decisión de una asociación de empresas instaurando un sistema de intercambio de información de precios de venta al público de pan es una restricción por objeto. Opinión que ha sido confirmada por sentencia de 25 de junio de 2010 del Tribunal de Comercio de Lisboa, en la que se viene a decir que, aunque los efectos sobre los precios no hubieran tenido lugar, la naturaleza de la información y el método utilizado para recogerla revelan un sistema de intercambio de información comercialmente sensible que en sí mismo violó la Ley de competencia.

20. STG de 5 de abril de 2001, As. T-16/98 *Wirtschaftsvereinigung Stahl*, párrafo 44: «por regla general, los acuerdos de intercambio de información no están prohibidos de manera automática, sino solamente en el caso de que tengan determinadas características relativas, en particular, al carácter sensible y concreto de los datos recientes frecuentemente intercambiados».

21. STJUE de 4 de junio de 2009, As. C-8/08 *T-Mobile Netherland*, párrafo 30. En la doctrina, véase C. Fernández, «Los intercambios de información», en S. Martínez Lage / A. Petitbò Juan (dir.), *Los acuerdos horizontales entre empresas*, Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2009, p. 191-212.

conjunto de circunstancias que hay que analizar para determinar si «por su propia naturaleza» el intercambio de información entre competidores es anticompetitivo no es diferente al que, con carácter general y conforme a la jurisprudencia citada, es preciso realizar para determinar si cualquier conducta colusoria es una restricción por objeto: contenido, finalidad objetiva y contexto económico y jurídico en el que se produce.

Por lo demás, nada en el texto de los artículos 101 TFUE y 1 LDC se opone a que los acuerdos o prácticas concertadas que establecen un intercambio de información puedan constituir una restricción por objeto, pues los ejemplos de conductas colusorias prohibidas que se citan en el número 1 de dichos preceptos no representan las únicas restricciones por objeto de la competencia. Así lo afirma expresamente la Comisión en la Comunicación en materia de acuerdos de intercambio de información entre empresas del sector marítimo: «Un intercambio de información puede incluso tener por su propio objeto restringir la competencia».²²

Entendemos que esta opinión es también la del Tribunal de Justicia, pues en el caso *T-Mobile* se califica como restricción por objeto una práctica concertada, consistente en una única reunión entre los competidores del mercado relevante (operadores de telefónica móvil), en la que se intercambia información confidencial (en particular, sobre la cuantía de la retribución a los distribuidores), que es concretamente apta para debilitar el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado (párrafos 35 y 41), sin que la comprobación de que una práctica concertada tiene un objeto contrario a la competencia esté «supeditada a que se compruebe la existencia de una relación directa entre dicha práctica con los precios al consumo» (párrafo 38), pues la prohibición del artículo 101.1 TFUE «no sólo está dirigida a proteger los intereses directos de los competidores o consumidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal» (párrafo 37). Por ello, en el párrafo 43, el Tribunal de Justicia concluye:

una práctica concertada tiene un objeto contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, cuando por su contenido y su objetivo, y teniendo en cuenta el contexto jurídico y económico en el que se inscribe, es apta para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común de manera concreta. A estos efectos, no es necesario que se impida, restrinja o falsee efectivamente el juego de la competencia ni que exista una relación directa entre la práctica concertada y los

22. DOUE C 245/10, de 26.09.2008, párrafo 42. En las conclusiones de la abogada general del caso *Beef Industry* (As. C-209/07) se afirma que no existe una lista taxativa de restricciones por objeto (párrafo 48). Para un comentario a este caso y al asunto *GlaxoSmithKline* véase: L. Blázquez / M. Rogers, «Los asuntos *Glaxo Wellcome* e *Irish Beef*: ¿Qué acuerdos tienen por “objeto” restringir la competencia en Derecho Comunitario», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, nº 12, nov.-dic. 2009, p. 55-60.

Sin embargo, de la lectura de la Sentencia de la Audiencia Nacional *Caja Vital* de 6 de noviembre de 2009, parece deducirse que la Sala sostiene una interpretación contraria a la expuesta en el texto, por cuanto se afirma: «la presunción de ser restrictivos de la competencia por su objeto únicamente [se extiende] a los acuerdos de fijación de precios, limitación de la producción y reparto del mercado».

precios al consumo final. El intercambio de información entre competidores tendrá un objetivo contrario a la competencia cuando sea apto para suprimir la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado previsto por las empresas partícipes.

Esta posición creemos que es la que subyace en el párrafo siguiente del Proyecto de Comunicación-Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del TFUE a los acuerdos de cooperación horizontal:

Por consiguiente, los intercambios entre competidores de datos individualizados sobre los precios o cantidades previstos en el futuro deberían considerarse una restricción de la competencia por el objeto en el sentido del artículo 101, apartado 1. Esto también se aplica a los intercambios de información sobre conductas actuales que revelan las intenciones sobre la conducta futura y a los casos en que la combinación de diversos tipos de datos permite deducir directamente los precios o cantidades previstos en el futuro. Esto no es óbice para que pueda haber otros tipos de intercambios de información (principalmente intercambios privados individualizados entre competidores relativos a precios y cuotas de mercado) cuyo fin sea restringir la competencia en el mercado, que por lo general se considerarán restrictivos por el objeto. Estos tipos de intercambios de información corren el riesgo de ser investigados y, en último término, multados en su condición de carteles.²³

El mero intercambio entre competidores de información estratégicamente útil (es decir, comercialmente sensible) puede ser una infracción autónoma de las normas de competencia, si constituye en sí mismo un acuerdo, una decisión colectiva o una práctica concertada, pero el intercambio de información también puede formar parte de un acuerdo de cooperación horizontal más amplio o complejo (de un cártel), en el que el intercambio de información puede cumplir diversas funciones anticompetitivas, en general, orientadas a reforzar la eficacia del cártel.²⁴ Pero en ambos casos, la valoración de si es una restricción por objeto o por efecto depende de la naturaleza del intercambio (características de la información) situado en su contexto jurídico y económico (características del mercado), que será lo que determinará o no su aptitud para restringir de forma sensible el principio de autonomía de comportamiento en el mercado de las empresas que participan en el acuerdo.

23. (SEC (2010) 528), párrafo 68. A pie de página, en la nota 46, la Comisión aclara que la información relativa a las intenciones en cuanto a futuras cantidades puede incluir, por ejemplo, las ventas futuras, las cuotas de mercado, los territorios o las listas de clientes.

24. Los párrafos 61 a 66 del Proyecto de Directrices sobre los acuerdos de cooperación apuntan los principales problemas de competencia derivados de los intercambios de información.

Por ello, el intercambio de información puede ser una restricción por objeto tanto si es una conducta aislada como si forma parte de un acuerdo de cooperación horizontal más amplio. En este sentido, en el Resolución de 21 de enero de 2010, a CNC afirma que «el mero intercambio de información puede suponer una infracción de las normas de competencia».²⁵ Pero si el intercambio de información forma parte de un acuerdo horizontal más amplio, su evaluación en sede del artículo 101.1 TFUE «debe realizarse en combinación con una evaluación del acuerdo de cooperación horizontal».²⁶

Este enfoque, necesariamente global, de lo que no deja de ser una única infracción conformada por una pluralidad de conductas y comportamientos, todos ellos orientados al logro de un mismo fin anticompetitivo, es el que, frente al intento de parcelación alegado por las empresas imputadas, ha seguido la CNC en la ya citada Resolución Fabricantes de Gel:

...se realiza una defensa sobre la base de considerar que existen en el presente expediente dos acusaciones diferentes: un reparto territorial del mercado y, como conducta autónoma, un intercambio de información encaminado a la coordinación de las políticas comerciales, pero ese planteamiento resulta erróneo. No se trata de dos conductas diferentes sino diferentes instrumentos de un acuerdo global entre cuatro cajas de ahorro que, aunque muestren evidencias diferentes, no pueden ser más que analizadas en su conjunto. Es cierto que el instrumento más visible de este pacto es el de no apertura de sucursales, pero eso se debe a diversas circunstancias, como son el hecho de ser el instrumento básico para llevar a cabo el pacto de no competencia y el de disponer de una gran variedad de pruebas que desvirtúan sobradamente las alegaciones exculpatorias de los imputados y, finalmente, porque la existencia del acuerdo global carecería de sentido sin ese aspecto del respeto territorial (...). No se trata de conductas aisladas..., sino que existe... un acuerdo o cártel que implica la renuncia a competir en determinados territorios, y la realización de determinadas colaboraciones en común que, en definitiva, implica un grado de coordinación de comportamientos entre competidores ilícito de acuerdo con el artículo 1 de la LDC. Por lo tanto se ha de afirmar de manera rotunda que existe una sola imputación (...). Ese planteamiento de separar las conductas parece ir encaminado a enjuiciar cada una de las manifestaciones de la existencia de la colaboración

25. Expte.. S/0084/08 *Fabricantes de Gel*, fd 13º, en el que se añade: «tras el intercambio de información estratégica para competir que se produce como fase previa e imprescindible para la constitución del cártel, si éste finalmente no se constituye, o si alguno de los que participó en el intercambio decide finalmente no participar en el mismo, deban las autoridades de competencia dejar de valorar qué implicaciones para el comportamiento competitivo del mercado se pueden derivan del mero intercambio de información. Por ello, cuando el intercambio de información no forma parte de una conducta anticompetitiva más amplia es cuando se analiza si el objeto de los mismos es igualmente anticompetitivo, y solo en caso negativo se requiere que se constaten los efectos anticompetitivos de la conducta.»

26. Proyecto de Directrices sobre los acuerdos de cooperación horizontal, párrafo 57. Y así resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia; véase C. Fernández, *op. cit.*, p. 196 y 205.

por separado, con el propósito no oculto de manifestar que algunas de los acuerdos que se analizan no tienen finalidad, o efectos anticompetitivos, que están amparados por la Comunicación de la Comisión de 2001, o que, en cualquier caso, están prescritos. Pero el Consejo no se puede dejar arrastrar por ese método de análisis individualizado, como si se tratara de conductas autónomas, sin conexión entre ellas, realizadas hace tiempo y que carecen de continuidad. El análisis de la conducta anticompetitiva sólo cobra sentido si se realiza en su conjunto..., porque conductas que podrían tener justificación o no presentar perfiles de infracción anticompetitiva si se presentaran aisladamente, cuando se analizan en su conjunto, se evidencia que la justificación de tales conductas no se encuentra en una forma de colaboración lícita entre empresas, sino que sólo cobra sentido, en este caso concreto, como expresión de un grado de colaboración reforzado que forma parte de un acuerdo global de marcado carácter anticompetitivo. Y ese acuerdo global constituye una sola infracción contra las normas de la competencia de considerable gravedad. (fd 4º).²⁷

En nuestra opinión esta doctrina de la CNC es consistente con la jurisprudencia comunitaria citada. Entendemos que lo relevante al determinar el carácter anticompetitivo del intercambio de información es si (1) tal conducta crea una transparencia del mercado artificial (porque en ausencia del acuerdo o práctica no estaría disponible o sería difícil de obtener), (2) que está limitada a las partes, y (3) que es susceptible afectar a su conducta competitiva.²⁸ Y si el intercambio de información sensible tiene lugar y está ordenado (como un instrumento más) a hacer viable un acuerdo de cooperación entre competidores anticompetitivo por objeto, no cabe sino extender esta presunción anticompetitiva por objeto del cártel a todas las conductas restrictivas que integran esa infracción única.

27. Las sentencias de la Audiencia Nacional que han resuelto los recursos formulados contra esta resolución no han confirmado la aplicabilidad, a este caso, de ese enfoque global de los acuerdos de cooperación horizontal complejos. En particular, en la Sentencia *Caja Vital* de 6 de noviembre de 2009, el Tribunal divide las conductas acreditadas en dos bloques: uno de restricciones por objeto y otro de restricción por efectos, incluyendo en este último los intercambios de información acreditados entre las cajas sancionadas: (1) de información estratégica para competir; (2) de comisiones aplicables al empleo de tarjetas; (3) sobre campañas publicitarias de fondos de inversión, y (4) sobre actuaciones frente a competidores.

28. Bellamy & Child, *European Community Law of Competition*, 6ª edición, Oxford, 2008, ¶ 5.089.

LA NEGATIVA DE VENTA NO ES CONTRARIA AL DERECHO DE LA COMPETENCIA CUANDO RESPONDE A LA RACIONALIDAD ECONÓMICA

JOAQUÍN ARTÉS

Universidad Complutense

AMADEO PETITBO¹

Universidad Complutense

1. INTRODUCCIÓN

El pasado día 2 de febrero, el magistrado del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona desestimó la demanda interpuesta por dos empresas distribuidoras mayoristas de productos farmacéuticos (en adelante, mayoristas) contra un grupo de laboratorios farmacéuticos (en adelante, laboratorios).

El objeto del litigio se centraba en la repentina negativa de los laboratorios a vender sus productos a las demandantes alegando la necesidad de reestructurar su sistema de distribución para alcanzar, según alegaba una de las empresas farmacéuticas, los objetivos de «racionalidad, eficacia y rentabilidad requeridos».

Las demandantes solicitaban que se condenase a los laboratorios por incurrir en competencia desleal. Se amparaban para ello en los art. 5, 14, 15 y 16 de la Ley 3/1991, de Competencia Desleal (LCD), y en la Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Racional de Medicamentos y Productos Sanitarios (L29/2006), y el Real Decreto 2259/1994, que contemplan el derecho al suministro a los distribuidores mayoristas.

Asimismo, las demandantes consideraban que las demandadas habían incurrido en una práctica concertada y en un abuso de posición de dominio, prohibidos por los art. 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC). Las actoras apoyaban esta consideración en la coincidencia en el tiempo

1. Actuó como perito a instancia de uno de los laboratorios farmacéuticos demandados.

de la negativa de suministro de los laboratorios demandados y en la necesidad de los mayoristas de contar con los medicamentos para poder llevar a cabo su actividad.

La Sentencia da la razón a los laboratorios, desestimando cada una de las pretensiones de las actoras. Tras los argumentos jurídicos utilizados en la sentencia para desestimar la demanda subyace una argumentación económica contundente. El objetivo de este trabajo es explicar dicha lógica económica y poner de manifiesto que la negativa a vender puede no sólo no ser perjudicial para la competencia en los mercados sino que, en ocasiones, es beneficiosa y debe, en esos casos, autorizarse. En este sentido, este trabajo constituye una muestra de que los análisis económico y jurídico, en aquellos asuntos relacionados con el derecho de la competencia, son mutuamente complementarios.

Para conseguir este objetivo se partirá de una breve descripción de los argumentos jurídicos utilizados por el Magistrado en la Sentencia. A continuación, se dedica un apartado a la descripción del funcionamiento del mercado de productos farmacéuticos y del ciclo del medicamento. En la cuarta sección del trabajo se parte del concepto de economías de escala para explicar por qué resulta conveniente la reducción del número de operadores en el mercado de distribución de productos farmacéuticos español. En la siguiente sección se utiliza la teoría de la estrategia empresarial y, en concreto, las conclusiones de la misma respecto a la gestión óptima de clientes para explicar por qué la racionalidad económica recomendaba a los laboratorios reducir el número de distribuidores a los que vendían sus productos. Una vez revisados los argumentos económicos que recomiendan la selección de clientes, se dedica un apartado a poner de manifiesto las condiciones que, desde el punto de vista económico, deben darse para que dicha selección tenga efectos perjudiciales para la competencia. Finalmente, se resumen en el último apartado del trabajo las principales conclusiones.

2. EL PRONUNCIAMIENTO DEL JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE BARCELONA

La Sentencia 56/2010 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona acepta como hechos probados que existió una negativa de venta por parte de los laboratorios demandados y que dicha negativa coincidió en el tiempo, puesto que desde la negativa de suministro del primer laboratorio hasta la del último transcurrió, aproximadamente, un año. En la sentencia aludida también se considera un hecho probado que no existen obstáculos legales o contractuales que impidan que las demandantes puedan abastecerse por otros medios² aunque, según el magistrado, «es muy difícil mantenerse en el mercado de la distribución de medicamentos sin

2. Otros distribuidores mayoristas, por ejemplo.

contar con los productos de las demandadas o debiendo proveerse, con la consiguiente pérdida de competitividad, de suministros de otros mayoristas».

Tras describir estos hechos, la sentencia entra a valorar cada una de las alegaciones de las actoras que se apoyan, todas ellas, en la consideración de la existencia de un supuesto derecho de suministro por parte de los almacenes mayoristas que vendría recogido en los artículos 2, 64.1, apartado c) y 70 L29/2006, así como en el artículo 1 del Real Decreto 2259/1994. Dichas alegaciones pueden resumirse en cinco. En primer lugar, alegan las demandantes que los laboratorios demandados, con su negativa de venta, habrían incurrido en la conducta desleal descrita en el artículo 15 LCD que considera desleal «la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial». En segundo lugar, la negativa de venta es considerada por las demandantes como contraria al artículo 5 de la propia LCD por carecer de justificación objetiva. En tercer lugar, consideran las demandantes que la intención de la negativa de venta es eliminar a las actoras como competidoras, lo que entraría dentro la conducta desleal descrita en el artículo 14 LCD. Por otro lado, las demandantes consideran infringido el artículo 16 LCD, ya que consideran que los laboratorios, con su conducta, estarían explotando la situación de dependencia económica en que se encuentran los mayoristas respecto de aquellos. Finalmente, las demandantes alegan la existencia de concertación y abuso de posición de dominio entre las demandadas, lo que sería contrario a los artículos 1 y 2 LDC.

Con las anteriores consideraciones como referencia, el fondo del asunto conduce a determinar de forma inequívoca si los mayoristas gozan de un derecho al suministro por parte de los laboratorios. En relación con esta cuestión, argumenta el magistrado que no parece que la L29/2006 «imponga a los laboratorios la obligación de suministrar sus productos a cualquier mayorista que lo solicite, pues ello resulta incompatible con la previsión del artículo 68 de la misma Ley de permitir la distribución de los medicamentos directamente por el laboratorio a las oficinas de farmacia».³

Refuerza la apreciación anterior el art. 1.3. del citado Real Decreto 2259/1994 según el cual «la mediación de los almacenes mayoristas en la distribución de especialidades farmacéuticas y sustancias medicinales es libre y voluntaria, conforme a lo establecido en el artículo 77 de la Ley 5/190, de 20 de diciembre, del Medicamento». Sobre la base de estos principios, el magistrado concluye, de forma contundente, que «Si la Ley permite a los laboratorios la distribución directa de sus especialidades a las oficinas de farmacia, con exclusión de todo mayorista, habrá que concluir que también pueden seleccionar a unos prescindiendo de otros».⁴

3. El art. 68 de la L29/2006 establece que «La distribución de medicamentos autorizados se realizará... directamente por el laboratorio titular de la autorización de comercialización de los mismos». En consecuencia, el laboratorio debidamente autorizado está habilitado para fabricar, distribuir directamente y, por supuesto, exportar.

4. Este argumento se alinea con el sostenido en la Sentencia de 4 de mayo de 2007 dictada por el Juzgado de

Asimismo, en relación con esta cuestión, el TDC ha sido contundente: «la legislación prevé la posibilidad, pero no la obligación, de que se utilice la mediación de almacenes mayoristas para facilitar la distribución de los productos desde los laboratorios fabricantes y los importadores a las oficinas de farmacia». En otros términos, los laboratorios pueden participar en la actividad de distribución mayorista de medicamentos sin que dicha participación pueda ser interpretada como contraria, *per se*, a las normas de defensa de la competencia.⁵

Como consecuencia de lo anterior, el magistrado concluye que las demandadas no han infringido norma jurídica alguna. En consecuencia, a juicio del magistrado, deja de tener sentido la invocación de las demandantes al artículo 15 LCD y la eventual incardinación de la L29/2006 en el derecho de la competencia.

En referencia a la posible infracción del artículo 5 LCD por la ausencia de justificación objetiva en la negativa de venta, el magistrado se apoya en la Sentencia de la Sección 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 15 de noviembre de 2008, y en sendas decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC)⁶ y de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC),⁷ al sostener que «aun cuando la conducta de las demandadas ha interferido en el desarrollo de la actividad de las actoras y ha cercenado su posición competitiva en el mercado, no puede sostenerse que carezca de justificación objetiva». Dicha justificación se encuentra en la afirmación de la CNC en el sentido de que «las relaciones comerciales con un número elevado de mayoristas complicaban la obtención de los datos sobre dispensación y podía ser una explicación de la reducción del número de mayoristas con los que mantenían relaciones comerciales». En relación con este punto, la sentencia recuerda la del Tribunal Supremo (TS) de 24 de noviembre de 2006 que sostiene, irreprochablemente, que «no debe reprimirse con el mero apoyo de límites éticos una conducta que se revele concurrencialmente eficiente, que promueva las prestaciones de quien la ejecuta o de un tercero por sus méritos, sin provocar una alteración en la estructura competitiva o en el normal funcionamiento del mercado».

El magistrado resuelve rápidamente las alegaciones de las actoras en relación con los arts. 14 y 14.2 LCD por falta de sentido de los argumentos empleados. Sin embargo, merece atención la referencia al abuso de posición de dependencia, figura recogida en el art. 16 LCD, por ser invocada en este caso y en otros relacionados con el sector de la distribución comercial. En relación con esta cuestión, la sala que

Primera Instancia nº 6 de Alcobendas, confirmada por la Sentencia de la Sección 25 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 28 de abril de 2008.

5. Informe. Expediente de concentración económica C) 96/06 *Cofares/Hefame* (en adelante COFAME), 6 de junio de 2006.

6. Expediente de concentración económica COFAME.

7. Resolución de 25 de septiembre de 2008. En dicha resolución, la CNC admite que la conducta de las demandadas podría obedecer a la entrada en vigor de la nueva redacción del art. 100 de la Ley 25/1990 y al art. 90 de la Ley 29/2006, que limitan la intervención administrativa sobre los precios exclusivamente a los medicamentos susceptibles de financiación pública que se dispensen en España.

entiende del caso analizado tiene establecido que «la situación de dependencia económica se caracteriza como aquella en la que, dado el poder de mercado de que goza una empresa, los clientes o proveedores carecen de alternativa equivalente para el desarrollo de su actividad en el mercado». De hecho, las demandadas contaban con cuotas de mercado que oscilaban entre el 6,1 % y el 3,3 %, porcentajes poco relevantes que no podían determinar una situación de dependencia económica.

Además, según el magistrado, «no parece que pueda imponerse la continuación de una relación de suministro, de la que se pueda libremente desistir, como único remedio para eludir un comportamiento desleal, máxime cuando la decisión de desistir obedece a razones objetivas y tiene una explicación empresarial». En consecuencia, se descarta la aplicación del art. 16.2 LCD.

Finalmente, en relación con las infracciones a la LDC, el magistrado interpreta los hechos desde la perspectiva del análisis económico aunque no invoque explícitamente dicho análisis. En efecto, en relación con la denuncia por práctica concertada o conducta conscientemente paralela, sostiene que aunque se haya acreditado una coincidencia de comportamientos entre las demandadas y la regulación de la competencia, prohíbe cualquier conducta colusoria que pueda falsear el juego de la competencia, y no se excluye «el derecho de los operadores económicos a adaptarse de forma inteligente al comportamiento real o previsible de sus competidores» cuando dicho comportamiento conduzca a la eficacia.⁸ Algo de sentido común, pues no tendría justificación observar cómo un competidor aborda conductas que se traducen en ventajas competitivas sin seguir su conducta intentando, incluso, mejorarla. Prohibir esta conducta adaptativa, con independencia del eventual paralelismo, sería equivalente a prohibir la adopción de conductas competitivas eficientes, lo que estaría fuera de la racionalidad económica. De hecho, el paralelismo es sólo condición necesaria aunque no es condición suficiente para ser considerado un ilícito, pues en la conducta de las demandadas «existe una explicación admisible distinta de la concertación».

Por otro lado, en relación con el último punto alegado por las demandantes, la denuncia por abuso de posición de dominio decae por falta de precisión de la demanda. En consecuencia, en el contexto actual carece de sentido hacer cualquier comentario al respecto.

La sentencia resulta impecable. Tras la desestimación de cada una de las pretensiones de las demandantes por parte del magistrado existe una lógica económica muy sólida. Si bien dicha sentencia no profundiza en dicha lógica, resulta innegable que la argumentación jurídica empleada por el magistrado es perfectamente congruente con la teoría económica. En los apartados que siguen se tratará de explicar con precisión la lógica económica subyacente tras cada uno de los argumentos jurídicos

8. Véanse las Sentencias del TJCE de 16 de diciembre de 1975 y de 14 de julio de 1981, mencionadas en la sentencia que se analiza.

3. EL CICLO DEL MEDICAMENTO Y LOS COSTES DE INTERMEDIACIÓN

El objetivo del presente apartado es describir brevemente los aspectos fundamentales del ciclo del medicamento en los campos de la producción y de la distribución (mayorista y minorista), haciendo especial énfasis en aquellas cuestiones que ayuden a comprender el objeto de la sentencia descrita anteriormente.

De acuerdo con la regulación española, el ciclo del medicamento empieza por la investigación y posterior fabricación de medicamentos por los laboratorios y termina con su dispensación en las oficinas de farmacia, o farmacias comunitarias (en adelante, OF), o en los servicios farmacéuticos hospitalarios, fundamentalmente. Entre ambos extremos se interpone la distribución mayorista. Los extremos son las fuerzas relevantes. El punto intermedio podría ser –total o parcialmente– prescindible, pues los laboratorios pueden distribuir directamente los medicamentos a las OF y, por lo tanto, éstas pueden aprovisionarse directamente de los laboratorios.

Históricamente, al amparo de los elevados márgenes –prácticamente sin riesgo–⁹ percibidos por los distribuidores mayoristas y minoristas y por las facilidades y beneficios adicionales que suponía la figura del intermediario mayorista para los propietarios de las OF, éstos proliferaron, extendiéndose por la geografía española dando lugar a una estructura minifundista que, como se verá, es la fuente de muchas de las ineficiencias existentes en este sector.

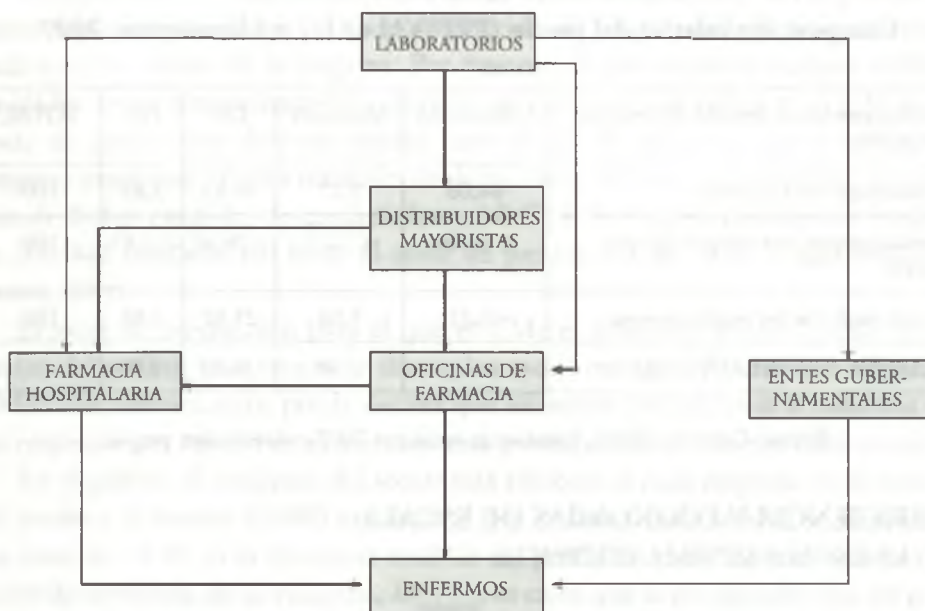
El factor relevante de la estructura de distribución actual reside en el hecho de que, en una proporción elevada, los propietarios de las OF son propietarios, a la vez, de una proporción, también elevada, de las empresas mayoristas.¹⁰ El resultado es que las OF, además del margen de beneficio establecido mediante la correspondiente regulación, se apropian de la parte alícuota que les corresponde como propietarios de una fracción de los centros mayoristas.

De esta forma, el proceso de distribución se articula sobre la base de la integración vertical entre mayoristas y propietarios de las OF, alterando las condiciones que deben inspirar el funcionamiento de un mercado plenamente competitivo.

Un resumen del ciclo del medicamento se presenta en el gráfico 1.

Desde el punto de vista económico, lo relevante del sistema actual de distribución de medicamentos es que los costes de intermediación (mayorista y minorista) son elevados. El tema no es nuevo. Con datos referidos a principios de los años noventa, no muy distintos de los actuales, el TDC¹¹ sostuvo que «El análisis de la

9. El riesgo asumido por los distribuidores mayoristas y minoristas es reducido; prácticamente nulo. En cambio, el riesgo de los laboratorios es elevado, pues deben combinar la incertidumbre acerca de los resultados de las investigaciones iniciadas –cuyo coste es elevado en términos económicos y de tiempo– con el hecho de rentabilizar las patentes en el período de tiempo establecido por la regulación.
10. Este es un hecho singular. Como ha señalado el presidente del Consejo Oficial de Colegios de Farmacéuticos, «en ningún país del mundo el 80 por ciento de la distribución está en manos de farmacéuticos».
11. Tribunal de Defensa de la Competencia. 1995. *La competencia en España: balance y nuevas propuestas*. Ministerio de Economía y Hacienda. Secretaría de Estado de Economía.

Gráfico 1. El ciclo del medicamento

Nota: Los porcentajes son aproximados

Fuente: IMS y Farmaindustria (2004)

estructura del precio de los medicamentos muestra la relevancia de los costes de intermediación comercial en el proceso de distribución de medicamentos».

De acuerdo con el TDC, los márgenes de la distribución de medicamentos son claramente superiores a los que obtienen comerciantes que ofrecen productos similares. Este hecho explica por qué las grandes superficies y grandes almacenes están interesados en dicha actividad. Más particularmente, en relación con las OF, sostuvo el TDC que «Precisamente la amplitud de dicho margen es uno de los factores que permiten la introducción de competencia en el proceso de distribución de medicamentos, ya que deja espacio para el estrechamiento de márgenes que se producirá con la entrada de nuevos competidores y que ha de beneficiar, fundamentalmente, al consumidor».

Ciertamente, las últimas frases del informe del TDC se referían a las OF, pero en relación con los mayoristas también puede sostenerse que sus amplios márgenes —traducidos en elevados beneficios sin riesgo, incluso para empresas no eficientes— permiten una apertura a la competencia de la distribución mayorista que, a partir de un proceso de re-regulación que elimine aquellos aspectos ineficientes de la regulación actual y con la mirada puesta en la eficiencia, se traduzca en una organización más racional del proceso de distribución en beneficio de todos los agentes del sector y, en particular, de los enfermos y de las arcas públicas.

La composición relativa del precio del medicamento, que refleja cuanto se ha dicho, se presenta en la tabla 1.

Tabla 1
Composición relativa del precio (PVPIVA) de los medicamentos. 2007

Medicamentos en función del margen de las OF	Laboratorio	Mayorista	OF	IVA	TOTAL
Medicamentos, en general	64,06	5,27	26,83	3,85	100
Medicamentos con margen fijo por envase	≥ 64,06	£ 5,27	£ 26,83	≥ 3,85	100
Precio medio de los medicamentos	65,21	5,08	25,87	3,85	100
<i>MARGEN SOBRE COSTE (%)</i>	–	7,08	36,80	4,00	

Fuente: Consejo (2009), Estadísticas sanitarias 2007 y elaboración propia

4. EFICIENCIA Y ECONOMÍAS DE ESCALA

4.1. LA ESCALA MÍNIMA EFICIENTE

En el apartado anterior se ha puesto de manifiesto que un problema potencial del sector de la distribución de productos farmacéuticos en España es su falta de eficiencia, debido, sobre todo, a la atomización del sector. En este apartado se profundiza en esta cuestión como paso previo para mostrar cómo la negativa de suministro puede tener efectos beneficiosos en términos de bienestar.

Una empresa o un sector económico pueden calificarse como eficientes cuando cada unidad vendida de un bien o servicio por dicha empresa o sector se produce con el menor coste posible. De forma similar, puede decirse que una empresa o sector pueden calificarse como ineficientes cuando es posible una reorganización de su actividad que permita producir la misma cantidad de bien o servicio con menores costes.

De acuerdo con el análisis económico universalmente aceptado, se dice que hay economías de escala cuando el coste medio (CMe) de producir una unidad de producto se reduce a medida que aumenta el volumen de producción o de ventas de la empresa.¹² Por lo tanto, una empresa que no alcanza los resultados derivados del aprovechamiento de las economías de escala es ineficiente.

El análisis de la conducta empresarial revela que la curva de CMe de una empresa tiene forma de U: para niveles bajos de producción, el CMe se reduce al aumentar la producción hasta llegar a un nivel de producción¹³ para el cual el CMe de producción es el mínimo posible.¹⁴ Paralelamente, a partir de un cierto volumen de producción,¹⁵ los CMe de la empresa inician una senda ascendente.

12. Véase por ejemplo Carlton D.W.; Perloff, J.M. 2005. *Modern Industrial Organization*. Editorial Addison Wesley, p. 36 y ss.

13. 40.000 unidades en nuestra curva.

14. 10 € en nuestra curva.

15. 100.000 unidades en el gráfico.

El argumento se comprende mejor con la ayuda del gráfico 2. En el gráfico, la curva CMe representa los CMe de producción de una unidad de producto para cada nivel de ventas de la empresa. Por ejemplo, si una empresa produce 10.000 unidades de un determinado bien durante un año, como se refleja en el gráfico, el coste de producción de cada unidad sería de 20 €, mientras que si la misma empresa produjera 50.000 unidades de dicho bien, el coste de producción de cada una de dichas unidades descendería hasta 10 €. Si la empresa produjese y vendiese 200.000 unidades del bien, el coste de producción de cada unidad sería, de nuevo, 20 €.

El nivel de producción para el que el CMe es mínimo¹⁶ refleja lo que, en el marco del análisis económico, se denomina escala mínima eficiente (en adelante, EME). En consecuencia, puede decirse que un sector será eficiente si cada una de las empresas que operan en el mercado está produciendo al mínimo CMe posible.

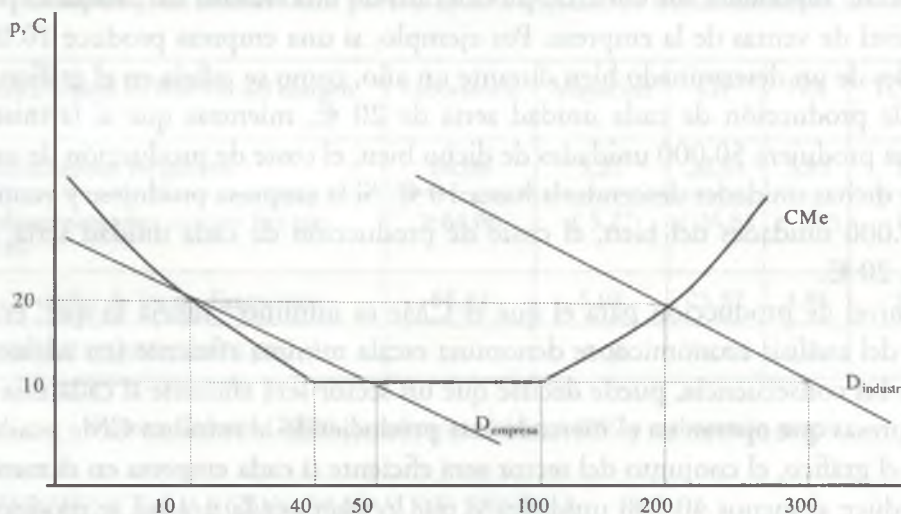
En el gráfico, el conjunto del sector será eficiente si cada empresa en el mercado produce al menos 40.000 unidades y, por lo tanto, cada unidad se produce a un coste de 10 €. Si la demanda total de ese producto viene representada por la curva de demanda de la industria, $D_{\text{industria}}$, es claro que si el regulador fija un precio de 10 € se demandarán 300.000 unidades de producto. Si las empresas individuales (cuya demanda es D_{empresa}) operan en la EME, producirían 50.000 unidades, y en el mercado sólo habrá lugar para 6 empresas eficientes. Cualquier otra situación reflejaría la existencia de ineficiencias que se traducirían en CMe superiores y menor competitividad empresarial.

Si el mercado fuera ineficiente, ocurriría que algunas empresas estarían vendiendo menos de 40.000 unidades y, por lo tanto, estarían produciendo a un CMe más elevado que el coste mínimo de 10 €.

De acuerdo con el razonamiento anterior, si el mercado está muy fragmentado y en el mismo operan muchas empresas de pequeña dimensión que, por ejemplo, producen 10.000 unidades anuales cada una a un CMe de 20 €, estas empresas sólo pueden subsistir si el regulador fija un precio de 20 € o superior. A un precio de 20 € la demanda total del mercado es de 200.000 unidades. Si hay una única empresa eficiente en este mercado que produce 50.000 unidades/año, habrá entonces espacio para otras 15 empresas pequeñas e ineficientes, de forma que, por ejemplo, cada empresa pequeña puede producir 10.000 unidades/año. Las empresas pequeñas cubrirían sus costes, mientras que la empresa grande, eficiente, estaría obteniendo un beneficio extraordinario de 10 € por cada unidad vendida.

Este ejemplo pone de manifiesto que si en el mercado operan muchas empresas produciendo una cantidad inferior a la correspondiente a la EME, el resultado final es peor para los consumidores en comparación con una situación en la que operaran sólo seis empresas que produjeran una cantidad de producto equivalente al nivel eficiente de 50.000 unidades/año cada una.

16. A partir de 40.000 unidades de producción en el gráfico.

Gráfico 2. Escala mínima eficiente. €, miles de unidades /año

Por lo tanto, en los mercados en los que se registran economías de escala, la reducción del número de empresas mediante la concentración de empresas pequeñas y su transformación en otras de mayor dimensión son convenientes. El propio mercado, en ausencia de una regulación ineficiente, dirige la evolución de las empresas hacia la EME.

4.2. LA ELEVADA FRAGMENTACIÓN EMPRESARIAL PUEDE IMPEDIR EL APROVECHAMIENTO DE LAS ECONOMÍAS DE ESCALA. EL CASO DEL SECTOR DE LA DISTRIBUCIÓN MAYORISTA DE MEDICAMENTOS EN ESPAÑA

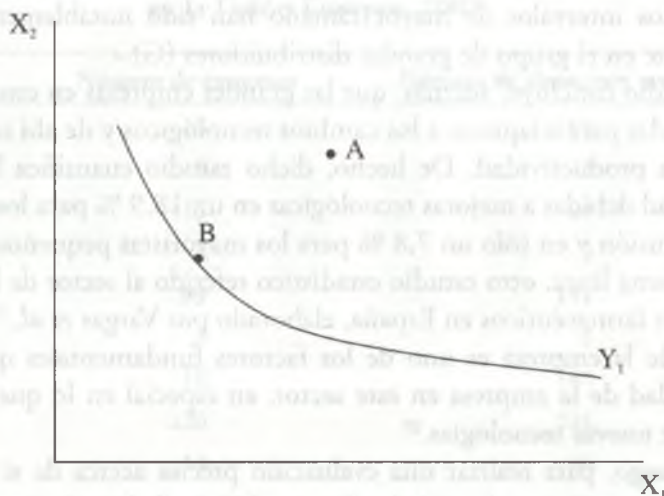
Los economistas utilizan varias herramientas para comprobar si en un sector hay demasiadas empresas y si, por lo tanto, el sector es ineficiente. Las herramientas más sofisticadas utilizan complejas técnicas econométricas para comprobar si existen economías de escala; es decir, si las empresas más grandes son las más eficientes.

Entre las técnicas utilizadas, destaca el Análisis Envoltente de Datos (AED) por ser una de las más habituales.

El AED permite clasificar a las empresas de un determinado sector en función de su eficiencia. De acuerdo con dicho análisis, para determinar qué empresas son las más eficientes se estudia estadísticamente cuál es el uso de los factores de producción por cada empresa y a cuánto ascienden las ventas. Esta técnica permite calcular cuál es la combinación óptima de factores para las empresas que operan en este sector (frontera técnica). Cuanto más lejos se encuentre una empresa de la combinación óptima de factores más ineficiente será.

Para comprender mejor en qué consiste esta técnica puede acudir al gráfico 3.

Gráfico 3.



En este gráfico,¹⁷ los ejes representan distintas cantidades de los factores de producción X_1 y X_2 . La línea Y_1 representa las distintas combinaciones óptimas de factores que permiten obtener un nivel de producción Y_1 . Si, por ejemplo, una empresa se encuentra el punto A, está utilizando más cantidad de factores X_1 y X_2 de lo que sería necesario puesto que podría desplazarse a otro punto, como el B, en el que produce la misma cantidad Y_1 pero utilizando menor cantidad de ambos factores. Por lo tanto, una empresa que se encuentre en el punto A es ineficiente, mientras que las empresas que se encuentran en la frontera (en la línea Y_1) son eficientes.

El AED permite calcular la frontera y la distancia de cada empresa hasta la frontera de producción óptima. Una vez calculada la ineficiencia, se estudia si esta ineficiencia se debe a la existencia de economías de escala en el sector. Si las empresas más eficientes, según esta clasificación, son, también, las más grandes, puede sostenerse que el sector cuenta con economías de escala.

En el caso del sector de la distribución farmacéutica mayorista en España, el AED se ha utilizado para evaluar si existen economías de escala.¹⁸ En el estudio de Gascón y González Fidalgo se concluye claramente que las grandes empresas del sector de la distribución mayorista de productos farmacéuticos son mucho más eficientes. En concreto, este estudio concluye que el sector ha aumentado su eficiencia en los últimos años, pero de forma asimétrica entre empresas grandes y pequeñas. En efecto, «... las variaciones en la productividad se han repartido con gran asimetría entre los distintos intervalos de tamaño. El grupo de pequeños

17. Para simplificar el análisis se supone que en el proceso productivo sólo intervienen dos factores de producción.

18. Gascón, F.; González Fidalgo, E. 2004. «Eficiencia y productividad de la distribución farmacéutica en España (1993-2000)». *Cuadernos Económicos ICE*, 67, p. 227-42.

distribuidores (P) ha sido el que menor incremento en la productividad media ha experimentado a lo largo del periodo 1993-2000, mientras que las variaciones medias en los intervalos de mayor tamaño han sido notablemente superiores, especialmente en el grupo de grandes distribuidores (G).»

Este estudio concluye, además, que las grandes empresas en este sector son las más preparadas para adaptarse a los cambios tecnológicos y de ahí su mayor incremento de la productividad. De hecho, dicho estudio cuantifica las mejoras de productividad debidas a mejoras tecnológicas en un 18,9 % para los mayoristas de mayor dimensión y en sólo un 7,8 % para los mayoristas pequeños.

En la misma línea, otro estudio estadístico referido al sector de la distribución de productos farmacéuticos en España, elaborado por Vargas *et al.*,¹⁹ concluye que el tamaño de la empresa es uno de los factores fundamentales que explican la competitividad de la empresa en este sector, en especial en lo que se refiere a la adopción de nuevas tecnologías.²⁰

Sin embargo, para realizar una evaluación precisa acerca de si el número de empresas en un sector es demasiado alto, también es habitual completar los estudios econométricos sofisticados con la comparación de indicadores de eficiencia y de estructura de mercado del sector con otros sectores similares. En el presente análisis resulta necesario comparar el sector de la distribución mayorista de medicamentos español con el mismo sector en países de nuestro entorno. Si el número de empresas en España es muy superior (el grado de concentración es mucho más bajo) en comparación con los correspondientes a los países de nuestro entorno, puede sostenerse que el sector en cuestión es menos eficiente o más ineficiente puesto que no se aprovechan adecuadamente las economías de escala.

En la tabla 2 se refleja el número de empresas distribuidoras en distintos países de la Unión Europea (en adelante, UE). De su simple observación se deduce claramente que el número de distribuidores en España se encuentra entre los más altos de todos los países de la UE. Frente a las 99 empresas distribuidoras mayoristas españolas, Francia contabiliza 10 empresas, Alemania 16 y el Reino Unido 12. Si se fija la atención en el ratio de concentración de las tres empresas de mayor dimensión en diversos países de la UE (gráfico 4), se puede comprobar que España es el país donde las empresas de mayor dimensión acumulan una menor cuota de mercado. Frente al 82 % de cuota de mercado de las tres primeras empresas francesas o el 62 % de las alemanas, en España sólo acumulan el 40 %.

En resumen, la consideración conjunta de la tabla 2 y el gráfico 4 muestra claramente que las empresas españolas dedicadas a la distribución mayorista de medicamentos operan a una escala menor en comparación con las de otros países

19. Vargas, A.; Hernández, M.J.; Brique, S. 2003. «Determinants of information technology competitive value. Evidence from a Western European industry». *Journal of High Technology Management Research*, 14, p. 245-68.

20. En concreto, en la página 257 del estudio, se concluye que los resultados muestran que el tamaño junto con el grado de competencia en la industria «explican gran parte de las diferencias en el nivel de competitividad» de las empresas en este sector.

Tabla 2
Distribución farmacéutica. Número de almacenes mayoristas
en la Unión Europea. 2002.

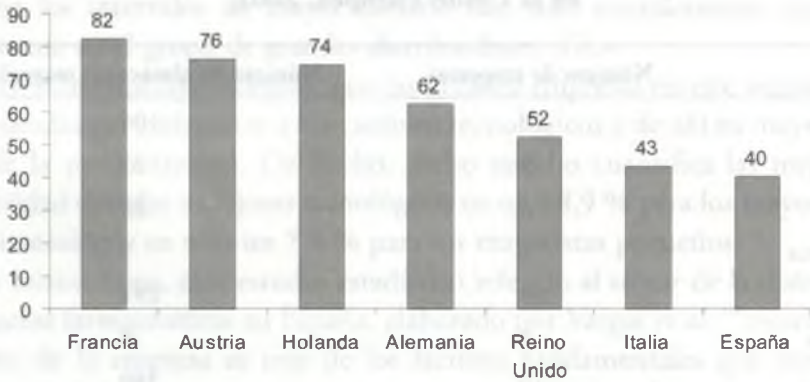
País	Número de empresas	Número de almacenes mayoristas
Alemania	16	104
Austria	9	23
Bélgica	13	28
Dinamarca	3	9
España	99	191
Finlandia	3	8
Francia	10	180
Grecia	120	131
Holanda	14	36
Irlanda	5	11
Italia	150	263
Luxemburgo	3	3
Noruega	3	7
Portugal	17	50
Reino Unido	12	59
Suecia	2	7
Suiza	6	14

Fuente: Farmaindustria (2004)

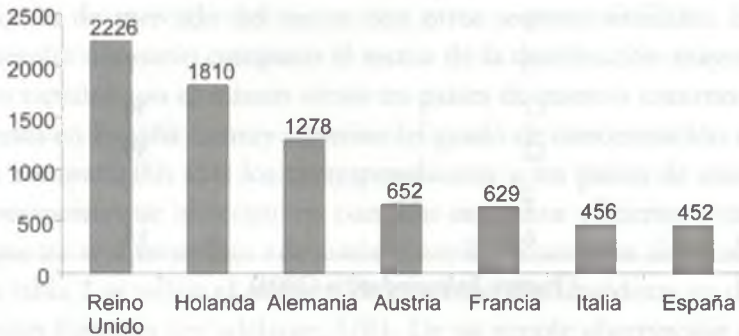
de nuestro entorno y, en consecuencia, cabe deducir que no aprovechan las ventajas de las economías de escala. Sus CMe, por lo tanto, son superiores en comparación con los que contabilizarían si dichas empresas alcanzaran la EME. Por lo tanto, en muchos casos, se trata de empresas no eficientes.

Otros datos refuerzan la conclusión anterior. En efecto, es posible argumentar que el mayor número de empresas hace que sea posible un mejor y más rápido abastecimiento a las OF, ya que al haber más empresas y más almacenes por habitante (gráfico 5) la capacidad total de almacenamiento en España es superior a la de otros países (gráfico 6). Sin embargo, los gráficos 5, 6 y 7 reflejan una situación distinta. En España hay más empresas, más almacenes y más capacidad de almacenamiento que en la mayoría de países de nuestro entorno. Pero el número de pedidos ejecutados inmediatamente después de su recepción (gráfico 7) es el más bajo de dichos países.

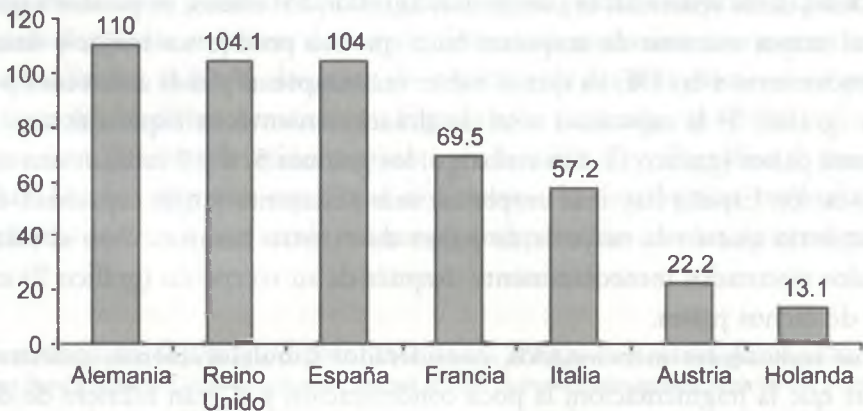
Los indicadores mencionados, considerados simultáneamente, muestran claramente que la fragmentación, la poca concentración y el gran número de distribuidores mayoristas en este mercado desembocan en una estructura ineficiente. En otros términos, en España, la elevada fragmentación del sector de la distribución

Gráfico 4. Ratio de concentración (CR-3). 2004

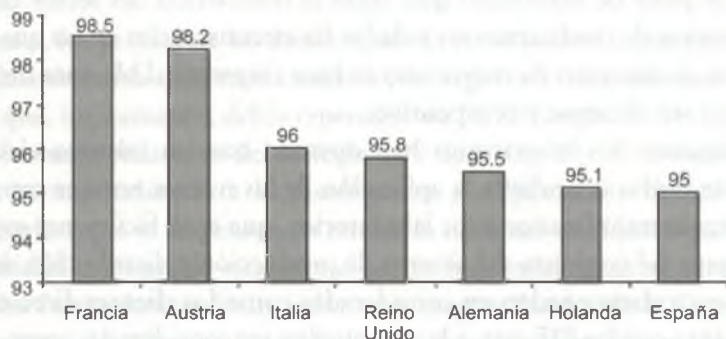
Fuente: Institute for Pharma-economics Research (2005)

Gráfico 5. Número de habitantes por almacén. 2004

Fuente: Institute for Pharma-economics Research (2005)

Gráfico 6. Capacidad media de almacenamiento. Miles de m². 2004

Fuente: Institute for Pharma-economics Research (2005)

Gráfico 7. Porcentaje de ejecución inmediata de pedidos. 2004

Fuente: Institute for Pharma-economics Research (2005)

mayorista de medicamentos hace que las empresas no fijen sus objetivos en la escala eficiente. Es decir, el mismo nivel de ventas podría ser producido con un coste mucho menor si el mercado no estuviese tan fragmentado. En otros términos, hay demasiadas empresas que no alcanzan la EME y, por lo tanto, el sector es ineficiente.

En consecuencia, puede sostenerse que habría ganancias de eficiencia si aumentara el tamaño de las empresas españolas del sector de la distribución mayorista de medicamentos. Se confirman, por lo tanto, las conclusiones del análisis envolvente de datos.

Esta opinión es de aceptación general. Por citar un solo ejemplo, R. Jenny,²¹ presidente de la Asociación Europea de Mayoristas Farmacéuticos (GIRD), ha sostenido que las empresas parecen decididas a profundizar en los procesos de concentración y que «la concentración es un proceso que está viviendo una consolidación intensa en la última década». Asimismo, R. Jenny prevé que «continuará en todos los mercados tanto como sea posible». Por su parte, el director general de Novafar sostiene²² que la concentración «es la única vía para fortalecer y obtener una masa crítica adecuada que le permita ser competitiva».

Tales afirmaciones son una expresión inequívoca del convencimiento de que el número de mayoristas es excesivo y de que es necesaria una reducción del mismo con el fin de aprovechar adecuadamente las economías de escala como medio para mejorar la eficiencia en el proceso de distribución.

5. ESTRATEGIAS COMERCIALES EFICIENTES

En el apartado anterior se ha puesto de manifiesto que la modernización y reorganización del sector de la distribución mayorista tendría efectos positivos para el mercado de medicamentos español en todas sus fases, ya que tanto los laboratorios

21. Ver *Correo Farmacéutico*, 18-24 de julio de 2007.

22. *Ibidem*.

como los enfermos destinatarios de los medicamentos saldrían beneficiados. En este apartado se pone de manifiesto que, dada la ineficiencia del sector de la distribución mayorista de medicamentos y dadas las circunstancias en las que operan los laboratorios, la selección de mayoristas se hace imprescindible para un laboratorio que quiera ser eficiente y competitivo.

Tradicionalmente, los laboratorios han operado con un número elevado de mayoristas. Este hecho dificultaba la aplicación de las nuevas normas reguladoras e imponía costes extraordinarios a los laboratorios, que eran fácilmente evitables.

En el contexto del conjunto del sistema de producción y distribución de medicamentos, los mayoristas pueden ser considerados como los clientes directos de los laboratorios, junto con las OF que, a la vez, pueden ser consideradas como clientes indirectos.

5.1. LAS MODERNAS ESTRATEGIAS EMPRESARIALES Y LA BÚSQUEDA DE LA ESTRATEGIA COMERCIAL ÓPTIMA

Las modernas estrategias empresariales tienen como objetivo la creación de valor para los accionistas, los clientes y los ciudadanos destinatarios de los bienes y servicios ofrecidos por las empresas. El análisis estratégico de las empresas incluye, como tema relevante, la gestión de los clientes. Muchos autores han abordado estas cuestiones, pues el asunto es importante en las modernas economías de mercado industrializadas. Kaplan y Norton,²³ por ejemplo, sostienen que «La gestión de clientes refleja buena parte de todo lo que es nuevo en la estrategia comercial moderna».

En las visiones modernas de la estrategia empresarial, los clientes no son considerados como átomos independientes de la gestión empresarial. Como sostienen Kaplan y Norton, «En la actualidad, los clientes lanzan transacciones y muestran el camino a seguir en lugar de reaccionar a las campañas de marketing o ventas». Es decir, los clientes ahora no son considerados elementos pasivos, sino agentes activos que colaboran con la dirección de las empresas para que éstas alcancen sus objetivos.

En consecuencia, puede sostenerse que, en el pasado, la estrategia tradicional de los laboratorios en relación con los mayoristas de sus productos no coincidía con las recomendaciones de los expertos en estrategia comercial, especialmente tras las modificaciones normativas recientes que limitan la aplicación del precio intervenido de los medicamentos a determinados supuestos específicos previstos en la ley.

En este nuevo contexto, las referencias en el proceso de toma de decisiones para definir la estrategia comercial óptima son: a) liberalización parcial de los precios de los medicamentos; b) abandono del sistema tradicional y abastecimiento del mercado, y c) racionalidad del sistema de distribución.

23. Kaplan, R.S.; Norton, D.P. 2004. *Mapas estratégicos. Convirtiendo los activos intangibles en resultados tangibles*. Ediciones Gestión 2000.

a) Liberalización parcial del precio de los medicamentos: precios intervenidos y precios libres.

En España, los precios de los medicamentos están sujetos a una rigurosa intervención administrativa que, recientemente, ha registrado una relevante liberalización parcial que, lógicamente, debía repercutir en las estrategias de los laboratorios. En efecto, la nueva redacción del artículo 100 de la Ley 25/1990 estableció que «Los precios correspondientes a la distribución y dispensación de las especialidades farmacéuticas que se dispensen en territorio nacional son fijados por el Gobierno». La autoridad responsable establece el precio industrial máximo para aquellas especialidades farmacéuticas financiadas «con cargo a fondos de la Seguridad Social o a fondos estatales afectos a la sanidad» y, de éstas, aquéllas dispensadas en territorio español. Las dudas, incertidumbres y controversias que suscitó el texto de este artículo fueron despejadas por el artículo 90 L29/2006 que derogó y sustituyó a la Ley 25/1990 reiterando la redacción del anterior precepto. En consecuencia, se confirma que aquellos medicamentos no susceptibles de financiación pública o no dispensados en España tienen un precio libre.

b) Abandono parcial del sistema de gestión de clientes tradicional y abastecimiento del mercado.

Desde la perspectiva de la eficiencia empresarial, los laboratorios no deben ser ajenos a las nuevas posibilidades abiertas por la incipiente y parcial liberalización de los precios. Tampoco deben serlo en relación con el abastecimiento del mercado.

Los laboratorios habían organizado su estrategia comercial sobre la base de ventas sucesivas sobre pedido y emisión de la correspondiente factura tras la entrega de los medicamentos. Como ha sido reiteradamente reconocido, el sistema era susceptible de mejora. La relación entre los laboratorios y los mayoristas era epidérmica y alejada de los requisitos que exigen las teorías modernas de la gestión de clientes. En efecto, se venía constatando que: a) no era posible conocer el grado de abastecimiento del mercado pues los contratos no incluían ningún tipo de compromiso acerca de dicho grado de abastecimiento; b) no era posible establecer ningún tipo de planificación que pudiera prevenir y, en su caso, evitar el riesgo de desabastecimiento, pues en las relaciones entre laboratorios y mayoristas no se establecía un número mínimo de referencias, la periodicidad de las relaciones, los volúmenes mínimos de pedidos, o los oportunos criterios acerca de la rotación de los medicamentos, entre otras cuestiones normales en las relaciones comerciales entre fabricantes y distribuidores mayoristas.

En consecuencia, se daba una sorprendente paradoja: en relación con un producto cuya demanda debe ser obligatoriamente atendida no se daban las circunstancias que contribuyeran a facilitar dicho objetivo.

La evidencia pone de manifiesto que la conducta de la mayoría de los operadores económicos presentes en la cadena del medicamento es distinta y menos rigurosa respecto de lo que es habitual en otras actividades económicas. En este senti-

do, resulta del todo razonable que el sector farmacéutico, paso a paso, vaya abandonando las relaciones de mero intercambio, adoptando un sistema de relaciones que incorpore mayor valor añadido con la eficiencia como objetivo.

Mantener relaciones de mero intercambio con un número elevado de clientes es, por lo tanto, ineficiente pero posible. Mantener relaciones que generen valor añadido con un alto número de clientes no sólo es ineficiente sino que en la práctica resulta difícilmente manejable.

c) Racionalidad del sistema de distribución.

Con el fin de aprovechar las posibilidades del nuevo sistema de libertad de precios de los medicamentos y garantizar el abastecimiento de los mercados, los laboratorios han modificado el sistema tradicional de distribución de medicamentos. La eficacia del sistema exige disponer de información acerca del volumen de medicamentos dispensados en España o, lo que es lo mismo, conocer cómo se distribuye la cantidad producida de medicamentos entre aquellos dispensados en España con precio intervenido y los que son vendidos en otros países con precio libre. En palabras de la CNC,²⁴ es necesario que los laboratorios conozcan «en qué territorio se habían dispensado los medicamentos para poder aplicar el precio fijado por el Gobierno». Y ello, con independencia de que los mayoristas obtengan los medicamentos de un laboratorio o de otro mayorista.

Lógicamente, ante la nueva regulación, los laboratorios deben establecer mecanismos para aprovechar adecuadamente las posibilidades abiertas por dicha regulación y, al mismo tiempo, para cumplir con las obligaciones contempladas por la ley. Y deben hacerlo de la forma que estimen oportuna, de acuerdo con sus criterios e intereses, dentro de los márgenes contemplados en la regulación vigente.

5.2. LA RACIONALIDAD ECONÓMICA EXIGE LA RACIONALIZACIÓN DE LAS RELACIONES CON LOS CLIENTES Y ÉSTA EXIGE SELECCIÓN Y, EN CONSECUENCIA, EXCLUSIÓN

En relación con la forma de llevar a cabo un nuevo tipo de relación con los clientes, de acuerdo con Kaplan y Norton, deben tomarse en consideración cuatro procesos genéricos que deben incluir la correspondiente ejecución. Tales procesos son: a) Selección, b) Adquisición, c) Retención y d) Relación. A continuación se analizan brevemente cada uno de los procesos mencionados.

a) Seleccionar los clientes supone «identificar segmentos de clientes atractivos para la empresa». El proceso de selección excluye la universalidad. La empresa debe

24. CNC, Resolución expte. S/0030/2007, *Laboratorios Farmacéuticos*, 25 de septiembre de 2008.

elegir y la elección supone exclusión. Lógicamente, la selección debe incluir tan sólo aquellos clientes –en este caso, mayoristas– que proporcionen más valor para la empresa. En el caso que nos ocupa, el valor añadido es la adecuada cobertura del mercado. Junto a ello parece razonable valorar parámetros que faciliten la sostenibilidad y permanencia del sistema adoptado.

b) Adquirir clientes supone «asegurar clientes probables y convertirlos en fijos». En este modelo racional no cabe, por ejemplo, el sistema tradicional de gestión de clientes por parte de los laboratorios, consistente en vender bajo pedido y cobrar lo vendido. Los criterios modernos de relación con los clientes exigen que el cliente sea un elemento más del proceso competitivo de la empresa. Los clientes deben ser la prolongación del sistema productivo y deben integrarse en el proceso global. Es necesario, en consecuencia, modificar dicho sistema.

La adopción de criterios modernos de selección de clientes supone excluir a aquéllos que no colaboran activamente en el proceso de mejora de la estructura y resultados empresariales y que no disponen de la estructura y volumen necesarios para desarrollar esta colaboración eficientemente.

c) Retener clientes supone «transformar a los clientes en grandes entusiastas altamente satisfechos», lo que no podía ocurrir con el sistema tradicional, pues la relación entre los laboratorios y sus clientes era epidérmica y se limitaba a solicitar medicamentos bajo pedido y abonar las facturas correspondientes sin que entre las partes contratantes se estableciera una sólida relación que contribuyera a mejorar su posición competitiva, perdiéndose, en consecuencia, grados de eficiencia. El sistema no era racional. Por esta razón su modificación era necesaria.

d) Establecer relaciones con los clientes supone «conocer a los clientes, construir relaciones con ellos y aumentar la cuota de la empresa de actividades de compra de los clientes objetivo». Una forma de reforzar las relaciones consiste en «aportar características y servicios adicionales después de la venta». En el presente caso, esta última cuestión es relevante, pues se trata de asegurar el abastecimiento del mercado –requisito fundamental exigido por la regulación vigente– y, además, conocer el destino final de los bienes que, en el contexto de la regulación actual, es uno de los elementos determinantes del precio. La colaboración de los mayoristas, mediante su garantía de cobertura y su información veraz, es, pues, fundamental. Es necesario, en consecuencia, un nivel de servicio, avalado por la experiencia, que va más allá de los costes, que no todos los distribuidores pueden asegurar, como ocurre en el caso de las demandantes.

En definitiva, una simple consideración, aunque sea superficial, de las relaciones de los laboratorios con sus clientes –los mayoristas– pone de manifiesto que la relación tradicional no siempre coincide con los principios modernos de gestión de clientes. Era necesario, pues, establecer un nuevo tipo de estructura de distri-

bución, lo que suponía un proceso de selección sobre la base de nuevas características de los clientes –aunque éstos pudieran coincidir con los tradicionales– y de los principios de la moderna gestión de los mismos. Todo ello con el objetivo de mejorar la eficiencia de las relaciones de los laboratorios con sus clientes mayoristas. Lógicamente, la selección suponía prescindir de algunos clientes del pasado sobre la base de unas nuevas relaciones con futuro apoyadas sobre la plataforma de investigación y producción de los laboratorios y complementadas con la correspondiente eficiencia del proceso de distribución de sus productos, de acuerdo con la regulación vigente.

5.3. LA SELECCIÓN NECESARIA COMO FACTOR DE EFICIENCIA

Con el citado objetivo en el punto de mira, los laboratorios hicieron frente a un conjunto de dilemas cuya respuesta puede encontrarse en los autores citados que sostienen que «El proceso de selección de clientes comienza segmentando el mercado en nichos, cada uno de ellos con características y preferencias distintas [...] La selección de clientes no es lo mismo que la selección de pedidos o precios».

Esto es, precisamente, lo que, de acuerdo con la sentencia, han hecho los laboratorios: seleccionar a sus clientes –los mayoristas– de acuerdo con sus objetivos que están condicionados por las obligaciones establecidas por la regulación vigente, una de cuyas exigencias, lógicamente, es asegurar de forma continua el abastecimiento del mercado de los medicamentos. Como señalan los autores citados, las directrices (de los laboratorios, en este caso) «deben evitar la trampa de querer ser el mejor proveedor de todos sus posibles clientes». En consecuencia, los laboratorios han seleccionado de entre todos los clientes posibles aquéllos que mejor responden a sus necesidades.

Una referencia útil para elegir a los clientes puede ser el contenido de la tabla 3. Como sostienen los autores citados, «En el proceso más habitual, la estrategia de las empresas influye sobre su elección de clientes». En consecuencia, la elección óptima exige: clientes con mucha intensidad de uso, que busquen la oferta de un buen servicio, una fidelidad comprometida y una actitud encantada. Tales exigencias no pueden ser aseguradas por todos los clientes. Este hecho hace necesaria su selección. Y la selección supone prescindir de aquellos clientes que, en aras de los objetivos descritos, no contribuyen a que la estrategia diseñada por la empresa sea llevada a cabo con la eficiencia como referencia. Y en esta cuestión la empresa debe tener libertad para elegir.

La citada conclusión resulta avalada por la evidencia empírica. En efecto, Corsten y Kumar,²⁵ por ejemplo, concluyen que los oferentes alcanzan mejores resulta-

25. Corsten, D.; Kumar, N. 2005. «Do Suppliers Benefit from Collaborative Relationships with Large Retailers? An Empirical Investigation of Efficient Consumer Response Adoption», *Journal of Marketing*, vol. 69, julio, p. 80-94.

Tabla 3. Criterios de selección de los clientes *

Intensidad de uso	Mucha	Poca	Ninguna		
Beneficios buscados	Precio	Servicio	Rendimiento	Relaciones	Identidad de marca
Fidelidad	Ninguna	Moderada	Fuerte	Comprometida	
Actitud	Insatisfecha	Satisfecha	Encantada		

* Nota: En negrita se destacan las opciones óptimas

Fuente: Elaboración propia a partir de Kaplan, R. S., Norton, D. P. (2004), citado

dos y desarrollan mejor sus habilidades mediante relaciones de colaboración con sus distribuidores basadas en la respuesta de los clientes. A las mismas conclusiones llegan Walter, Ritter y Gemünden.²⁶ Por su parte, Kalwany y Narayandas²⁷ concluyen que el desarrollo de relaciones a largo plazo con clientes escogidos no es simplemente una estrategia; es esencial para la supervivencia del oferente al proporcionarle ventajas competitivas a largo plazo sin que ello suponga un sacrificio en términos de rentabilidad. Desde esta perspectiva, podría concluirse que los clientes escogidos deberían ser preferentemente aquéllos que, por su implantación, estructura, recursos y capacidad de acceso a la financiación, estén más capacitados para continuar desenvolviéndose a largo plazo y de forma eficiente en el mercado. Deben seleccionarse, en suma, las empresas que mejor puedan sobrevivir en un mercado en competencia.

Sentado el principio que supone una relación estable con los clientes basada en la búsqueda conjunta de ventajas competitivas, la selección resulta inevitable y la misma no es, *per se*, anticompetitiva. En efecto, en la citada resolución de la CNC recaída sobre el expediente S/0030/2007, se hacía referencia a un conjunto de laboratorios²⁸ que habían rescindido su relación comercial «con todos aquellos mayoristas con los que tenían relaciones en su momento». Los criterios de elección sobre los que se basaron para establecer nuevas relaciones comerciales fueron: «cobertura territorial, capacidad de reacción ante emergencias, sistemas de conservación y transporte, sistemas de información y gestión de pedidos». Alguno de los laboratorios manifestó «que se han optado preferentemente por cooperativas farmacéuticas por ser las que tienen mayor penetración y proximidad a las oficinas de farmacia».

26. Walter, A.; Ritter, T.; Gemünden, H. G. 2001. «Value Creation in Buyer-Seller Relationships. Theoretical Considerations and Empirical Results from a Supplier's Perspective», *Industrial Marketing Management*, vol. 30, p. 365-77.

27. Kalwani, M. U.; Narayandas, N. 2006. «Long-Term Manufacturer-Supplier Relationships: Do They Pay Off for Supplier Firms?» *Journal of Marketing*, vol. 59, p. 1-16.

28. Pfizer, JC, Sanofi, Novartis, AZ y BI.

En definitiva, con independencia de los argumentos jurídicos que se exponen en la sentencia objeto de análisis en este trabajo, y que también avalan la libertad de los laboratorios para elegir la forma de distribución de sus productos, la lógica económica recomienda, claramente, la selección.

6. SELECCIÓN DE DISTRIBUIDORES Y COMPETENCIA

Se ha puesto de manifiesto que la selección de mayoristas por un fabricante es racional para cualquier operador que quiera ser competitivo. Esta selección, aun siendo racional, podría resultar, en algunos casos, perjudicial para la competencia en los mercados. En este apartado se analizan cuáles son las condiciones que, desde el punto de vista económico, deben darse para que tenga lugar dicho perjuicio. La falta de concurrencia de estas circunstancias llevará a concluir que la sentencia se ajusta, también en este aspecto, a la lógica económica.

6.1. CONDICIONES PARA QUE LA NEGATIVA A MANTENER RELACIONES COMERCIALES TENGA EFECTOS PERJUDICIALES SOBRE LA COMPETENCIA

Es un principio ampliamente aceptado en economía que las empresas que desde una posición de dominio operen en un determinado mercado deben tener libertad para establecer relaciones comerciales con aquellos operadores económicos que consideren más adecuados.²⁹ Cualquier excepción a esta regla debe estar debidamente fundada en hechos que demuestren claramente que la conducta de la empresa es perjudicial para la competencia.³⁰ Una empresa sólo debe ser obligada a vender sus productos a otra empresa en determinados casos excepcionales en los que quede demostrado de forma inequívoca que su conducta puede resultar lesiva para la competencia y, en consecuencia, para los consumidores finales.

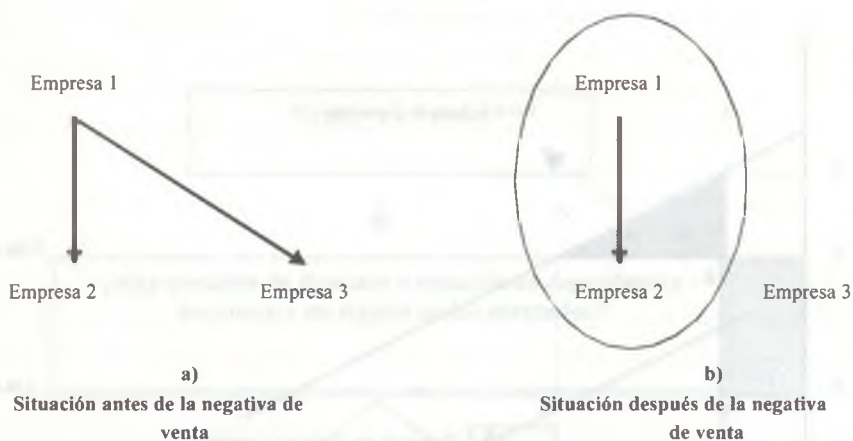
Sin embargo, es necesario resaltar que, aunque excepcionales, hay determinadas negativas de venta que aumentan el poder de monopolio de la empresa que las adopta con el consiguiente perjuicio para la sociedad. El ejemplo clásico, que coincide con la argumentación de las actoras, se representa en el gráfico 8.

En el gráfico 8 se representan las relaciones de mercado entre tres empresas. Se

29. A este respecto, el párrafo 207 del Documento de discusión de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado es concluyente al afirmar que: «como regla general las empresas tienen el derecho a decidir a quién vender sus productos y pueden decidir cesar sus relaciones comerciales con ciertos socios comerciales. Esto también es cierto para las empresas dominantes».

30. Carlton, concluye que «el cierre de un mercado no debe ser prohibido por crear un daño a la competencia en ausencia de una teoría coherente que explique los mecanismos por los que se causa el daño». Véase Carlton, D.W. 2001. *A General Analysis of Exclusionary Conduct and Refusals to Deal, Why Aspen and Kodak are Misguided*, NBER Working Paper 8105.

Gráfico 8.



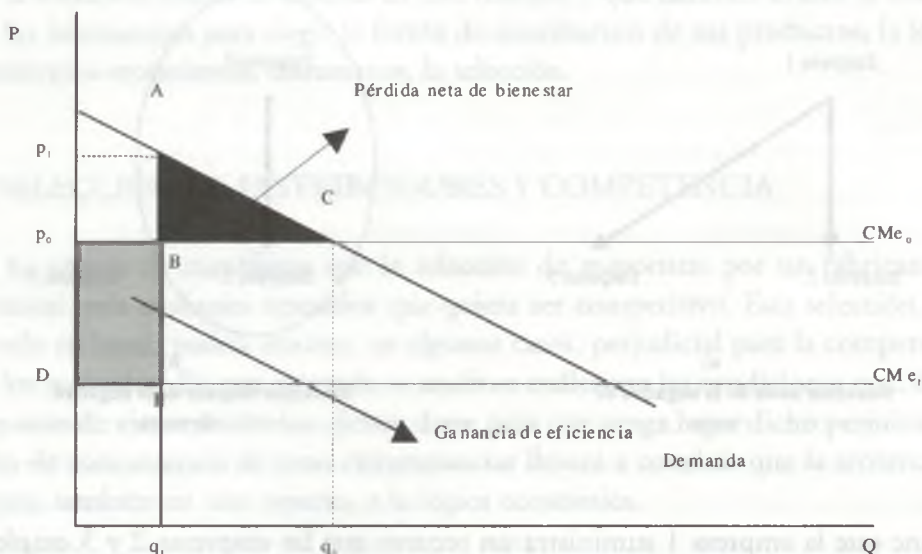
supone que la empresa 1 suministra un recurso que las empresas 2 y 3 emplean para producir un bien o servicio final. Si la empresa 1 se integra con la empresa 2 y decide no vender dicho recurso a la empresa 3, ésta puede verse obligada a abandonar el mercado (*market foreclosure strategy*) o fabricar el producto final utilizando medios de producción menos convenientes o más caros, con la desventaja competitiva que esto supone (*raising rivals costs strategy*). Si tiene lugar un proceso de concentración entre las empresas 1 y 2, la empresa resultante consigue expulsar a sus competidores del mercado del bien o servicio final. En consecuencia, al disponer de un poder de monopolio y ejercerlo, abusando del mismo, tiene posibilidad de fijar precios de monopolio.

En el gráfico 9 se representa la pérdida de bienestar que supone para la sociedad el ejercicio del poder de monopolio por la empresa dominante, resultado del mencionado proceso de concentración. El área del triángulo sombreado (ABC) refleja, de acuerdo con lo recogido en todos los manuales de economía industrial,³¹ la pérdida de bienestar para la sociedad, pues sintetiza la diferencia entre la pérdida de bienestar social antes (situación inicial donde el precio es p_0) y después de la negativa de venta consecuencia del abuso de posición de dominio (situación final donde el precio es p_1).

También se observa en el gráfico 9 que si el proceso de consolidación fomenta, además de un posible aumento del poder de mercado, una reducción de los costes de la empresa desde p_0 hasta D, es posible que no pueda hablarse de pérdida de bienestar sino de ganancia neta de bienestar. Esto sería debido al hecho de que la reducción de CMe se traduce en una ganancia de bienestar para el conjunto de la sociedad como consecuencia de las mejoras de eficiencia.

31. Véase, por ejemplo, Viscusi, W.K.; Vernon, J. M.; Harrington, J. E., 2005. *Economics of Regulation and Antitrust*, MIT Press, p. 210 y ss.

Gráfico 9.



Si las ganancias debidas a la eficiencia (área del rectángulo p_0DEB) son mayores que la pérdida de bienestar debido al aumento del poder de monopolio (área del triángulo ABC), entonces la negativa de venta tiene un efecto neto positivo y, en consecuencia, no debe ser perseguida por las autoridades de defensa de la competencia.

Este ejemplo refleja un argumento comúnmente aceptado entre los expertos en derecho y economía de la competencia:³² en general, debe impedirse la negativa de venta cuando el incremento del poder de monopolio para la empresa que la adopta no es compensado con ganancias de eficiencia. Debe hacerse notar, por lo tanto, que las condiciones necesarias para que la negativa de venta tenga efectos perjudiciales para la competencia son: a) que la negativa de venta tenga como objetivo el incremento del poder de mercado, y b) que los posibles efectos del aumento del poder de mercado no se compensen con ganancias de eficiencia.

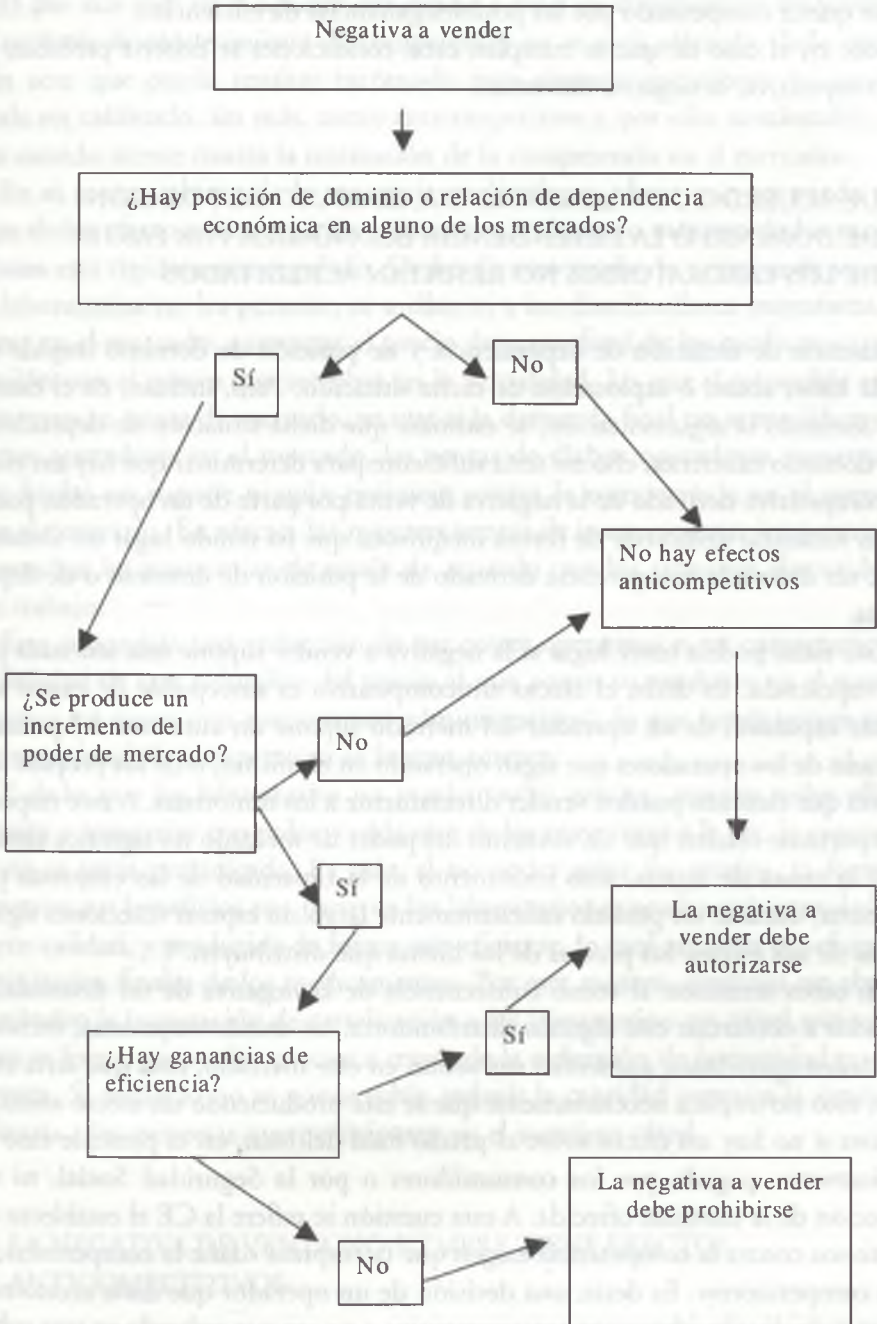
En aquellos casos en que se cumplan estas dos condiciones, puede hablarse de una negativa de venta con efecto anticompetitivo. El proceso descrito puede resumirse de acuerdo con el gráfico 10.

En otros términos: para determinar si existen efectos anticompetitivos derivados de la negativa a vender, el procedimiento a seguir, debe ser el siguiente:³³ a) verificar la existencia de la negativa a vender; b) verificar si cabe la posibilidad de abuso de posición de dominio o situación de dependencia económica de la que se

32. Véase, por ejemplo, Motta. M. 2004. *Competition Policy*. Cambridge University Press, especialmente p. 372 y ss.

33. Estas condiciones son las que menciona, entre otros, el párrafo 218 del Documento de discusión de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado.

Gráfico 10.



pueda abusar; c) verificar que existe abuso de posición de dominio o de posición de dependencia económica, lo que exige demostrar inequívocamente que el poder de mercado se refuerza, y d) verificar que el eventual aumento de poder de mercado no queda compensado por las posibles ganancias de eficiencia.

Sólo en el caso de que se cumplan estas condiciones se debería prohibir, por anticompetitiva, la negativa de venta.

6.2. DE ACUERDO CON LA SENTENCIA, EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO O LA DEPENDENCIA ECONÓMICA POR PARTE DE LOS LABORATORIOS NO RESULTAN ACREDITADOS

La ausencia de situación de dependencia y de posición de dominio impide que pueda haber abuso o explotación de dicha situación. Pero, incluso, en el caso de que, forzando la argumentación, se estimase que dicha situación de dependencia o de dominio existieran, ello no sería suficiente para determinar que hay un efecto anticompetitivo derivado de la negativa de venta por parte de un operador, puesto que es necesario demostrar de forma inequívoca que ha tenido lugar un abuso; es decir, un daño a la competencia derivado de la posición de dominio o de dependencia.

Este daño podría tener lugar si la negativa a vender supone una amenaza para la competencia. Es decir, el efecto anticompetitivo es susceptible de existir si la posible expulsión de un operador del mercado supone un aumento del poder de mercado de los operadores que sigan operando en el mismo, o de los propios operadores que también pueden vender directamente a los minoristas. A este respecto, es importante resaltar que un aumento del poder de mercado no significa aumento de la cuota de ventas, sino incremento de la capacidad de las empresas para aumentar, durante un período suficientemente largo sin esperar reacciones significativas de sus rivales, los precios de los bienes que distribuyen.³⁴

En otros términos: si como consecuencia de la negativa de un determinado operador a comerciar con algunos distribuidores, los demás mayoristas, incluidos los citados operadores, aumentan sus ventas en este mercado, cosa que sería esperable, esto no implica necesariamente que se esté produciendo un efecto anticompetitivo si no hay un efecto sobre el precio final del bien, en el presente caso del medicamento pagado por los consumidores o por la Seguridad Social, ni una reducción de la cantidad ofrecida. A esta cuestión se refiere la CE al establecer que los efectos contra la competencia exigen que la empresa «dañe la competencia, no a los competidores». Es decir, una decisión de un operador que dañe económicamente a un distribuidor no es anticompetitiva a no ser que redunde en una subida

34. En el gráfico 9, un aumento de la capacidad de las empresas para fijar un precio monopolístico $-p1-$ en lugar del precio competitivo $-p0-$.

de los precios que pagan los consumidores, aunque dicha decisión reduzca considerablemente los beneficios del distribuidor perjudicado. En este sentido cabe recordar la conclusión alcanzada por el TDC en la *Resolución de 21 de abril de 2005 que dice que: en el supuesto que alguno o todos los distribuidores desaparecieren del mercado de abastecimiento* «la competencia no se vería afectada, dado que, no todo acto que pueda resultar incómodo para algunos operadores del mercado puede ser calificado, sin más, como anticompetitivo y, por ello, sancionable, sino sólo cuando atente contra la institución de la competencia en el mercado».

En el asunto objeto de la sentencia analizada, es obvio que no puede tener lugar dicho efecto anticompetitivo, puesto que el precio máximo de los medicamentos está rígidamente regulado. Dicho de otro modo, la negativa de venta de los laboratorios no les permite, ni a ellos ni a los distribuidores mayoristas presentes en el mercado, aumentar el precio de venta final de los medicamentos en relación con el precio que se cobra en la actualidad. Lo que sí es posible es que aumenten su cuota de mercado, ya que si la demanda final no se modifica y hay menos operadores en el mercado, las ventas de dichos operadores aumentarán. Este hecho no supone ningún perjuicio contra la competencia en el mercado, sino al contrario. En efecto, las mayores ventas de los mayoristas les permitirían aprovechar las economías de escala de acuerdo con los términos discutidos en este trabajo.

Esto supondría una reducción de sus costes operativos y, en consecuencia, la posibilidad de una reducción del precio al que ponen su producto en el mercado (sujeta a los oportunos mecanismos administrativos), lo que jamás ocurre en un contexto donde la competencia es la gran ausente.

Y dado que los laboratorios no pueden subir precios, aunque todos ellos se negasen a comerciar con todos y cada uno de los mayoristas a la vez, la competencia no se vería perjudicada. Es más, al no poder subir los precios, la forma de aumentar sus beneficios por parte de los laboratorios es vender más cantidad y de mayor calidad, y producida de forma más eficiente, lo cual también beneficia a los destinatarios finales de los medicamentos. Por este motivo, resultaba un absurdo económico la imputación de cartelización a los laboratorios: un cártel anticompetitivo se forma para subir precios a través de la reducción de la cantidad puesta a la venta. Si el precio no se puede subir, reducir la cantidad puesta a la venta perjudicaría a las empresas que participasen en el supuesto cártel.

6.3. LA NEGATIVA DE VENTA NO SIEMPRE TIENE EFECTOS ANTICOMPETITIVOS

De acuerdo con el análisis económico de la competencia y de los mercados, para que una negativa de venta que produzca un cierre de mercado pueda ser considerada como abusiva por ser perjudicial para la competencia debe tener un efecto en el mercado que se traduzca en una reducción del nivel de bienestar de los consu-

midores.³⁵ Es decir, incluso si una empresa llevara a cabo un cierre de mercado y consiguiera, con ello, un incremento de su cuota de mercado, este hecho no sería, *per se*, suficiente para determinar que ha existido una conducta de explotación abusiva. En efecto, para determinar la existencia de abuso de posición de dominio, es necesario analizar si el efecto de dicha conducta será perjudicial para el bienestar de los destinatarios finales del bien o servicio. Este es el caso representado en el gráfico 9, donde se muestra que la pérdida de bienestar social derivada del aumento del poder de mercado se representa en el triángulo sombreado ABC. Si el aumento de precios desde p_0 hasta p_1 fuera el único efecto del cierre de mercado, cabría concluir que la conducta es abusiva por ser perjudicial para la competencia, ya que los consumidores pagarían un precio más alto por una cantidad menor del bien adquirido. Sin embargo, si con dicha conducta la empresa consigue reducir costes, es posible que las ganancias derivadas de dicha reducción sean mayores que la pérdida de bienestar debida al aumento del precio. En estas circunstancias, el efecto neto sobre el conjunto de la sociedad podría ser positivo.

En particular, tanto la CE³⁶ como numerosos expertos en derecho y economía de la competencia mencionan que hay diversas causas que pueden ser alegadas por la empresa dominante, que harían que la negativa a vender, pese a poder tener el efecto de un incremento de su poder de mercado, no fuera anticompetitiva por generar otros efectos positivos. En concreto, el profesor Tirole, en el capítulo del *Handbook of Industrial Organization*³⁷ dedicado a los cierres de mercado, explica algunas de las principales razones de eficiencia que justificarían que un cierre de mercado tenga efectos positivos para la competencia. A continuación se mencionarán un conjunto de razones, por ser especialmente relevantes en el análisis de la sentencia que nos ocupa:

En primer lugar, la existencia de demasiadas empresas en el mercado (*Excessive Entry*). En aquellos casos en los que el número de empresas en un mercado sea superior al número óptimo de empresas, el cierre de mercado contribuye a que se alcance dicho número óptimo. A este respecto, ya se ha mencionado que el número de empresas mayoristas en España es claramente superior al número eficiente, por lo que su disminución permitiría generar ganancias de eficiencia.

En segundo lugar, facilidad de monitorización del comportamiento del distribuidor. También señala Tirole que, en aquellos casos en los que existe una relación comercial de carácter vertical, como ocurre en el caso de los laboratorios y los

35. Este principio queda establecido en el párrafo 210 del Documento de discusión de la Comisión Europea sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado.

36. Véase el párrafo 24 del Documento de discusión: «DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses», European Commission, 2005.

37. El *Handbook of Industrial Organization* es el libro de referencia para los expertos en organización industrial y economía de la competencia y de los mercados. En esta obra colectiva, los mejores expertos mundiales en cada tema exponen lo que se considera el estado de la cuestión para la comunidad científica sobre una materia dada en un momento determinado. El capítulo de J. Tirole dedicado al cierre de mercado lleva por título *A primer on Foreclosure*, es decir «Una introducción al cierre de mercado». Véase Armstrong, M.; Porter, R. H. (eds) 2007. *Handbook of Industrial Organization*, vol. 3, North Holland.

distribuidores, la vigilancia de las opciones tecnológicas o empresariales elegidas por los socios comerciales³⁸ es crucial para garantizar que los consumidores reciban el producto final en condiciones adecuadas. Dado que la monitorización es costosa en sí misma, una empresa que se encuentre en esta situación debe limitar el número de distribuidores con los que negocia con objeto de poder llevar a cabo dicha monitorización sin incurrir en un coste desorbitado que pudiese canibalizar las ganancias derivadas de la mayor eficiencia. El hecho de que los laboratorios demandados implementaran un nuevo sistema de relaciones con los distribuidores basado, precisamente, en parámetros como la capacidad de distribución o su tecnología de almacenamiento, encaja perfectamente con el argumento de que la monitorización se ha llevado a cabo para ganar eficiencia y mejorar la prestación del servicio final. Es evidente que esta mejor prestación del servicio final a los consumidores redundará en mayores ventas o beneficios de la empresa que niega la venta pero debido, según este argumento, a las ganancias de eficiencia derivadas de la mejor monitorización de los distribuidores. En este sentido cabe añadir que la propia CNC reconoció, en su Resolución de 25 de septiembre de 2008, que un alto número de mayoristas complica la obtención de datos respecto a la venta final del medicamento, lo que explica que los laboratorios reduzcan el número de distribuidores con los que comerciar.

En tercer lugar, temor a ser asociado con distribuidores ineficientes que pueden dañar el prestigio de la empresa. La mala gestión de stocks de las empresas distribuidoras causa un perjuicio a la empresa fabricante del producto, puesto que genera una externalidad negativa. Es decir, los consumidores, la administración sanitaria o las OF pueden percibir que las faltas reiteradas de un determinado medicamento son debidas al laboratorio productor del mismo en casos en los que las faltas se deben a la falta de previsión o de capacidad de los distribuidores. Este hecho justifica que los laboratorios prefieran distribuir sus productos a través de un número reducido de mayoristas, con los que sea más fácil establecer relaciones de cooperación, de forma que la calidad en el proceso de distribución se realice de acuerdo con unos estándares que no perjudiquen la reputación del laboratorio. De nuevo, el hecho de que entre los criterios de selección utilizados por los laboratorios aparezcan la capacidad de distribución y la tecnología de almacenamiento indica que también existen ganancias de eficiencia en términos de reputación.

En cuarto lugar, obligación legal de prestar un servicio universal a los consumidores. Finalmente, menciona el profesor Tirole que, en aquellos casos en los que exista la obligación para el productor de garantizar el suministro de un determinado producto a los consumidores, debe prestarse mayor cuidado por parte de las autoridades a la hora de catalogar las negativas de venta a los distribuidores como contrarias a la competencia. Esto sería debido a que la obligación de suministro

38. En este caso, la monitorización por parte del laboratorio de la capacidad de distribución, sistemas de gestión de stocks o presencia territorial, por ejemplo.

universal, en sí misma, supone un coste para los productores que producen una cantidad superior a la que consideran óptima para cumplir con los requisitos del abastecimiento universal en todo el territorio. Por este motivo, incluso aunque pudiera derivarse un cierto poder de mercado de la negativa a vender, cosa que no ocurre en el caso de las demandadas, el eventual mayor poder de mercado serviría para compensar los costes impuestos por la obligación de suministro universal.

Por último, en quinto lugar, el suministro directo del productor a los consumidores finales. Aunque no aparece mencionado en el *Handbook of Industrial Organization*, la CE, en su documento de discusión sobre la aplicación del artículo 82 del Tratado, menciona, en su párrafo 224, que en aquellos casos en los que el fabricante pueda distribuir el producto final sin necesidad de un distribuidor, debe autorizarse la negativa a vender si existe un beneficio para los consumidores derivado del suministro directo. Esta conclusión es trasladable al caso analizado por la sentencia, aunque no se trate de suministro directo: el fabricante puede distribuir el producto final sin necesidad de todos los distribuidores. Ello permitiría que el precio final del producto fuese inferior por el ahorro de parte de los costes de intermediación. Que no se reduzca puede ser atribuible por tanto al regulador pero nunca al fabricante.

En definitiva, todas las razones mencionadas, ponen de manifiesto que existen suficientes y poderosas causas económicas objetivas que justifican que la negativa a suministrar a ciertos distribuidores por parte de los laboratorios no es contraria a la competencia.

7. CONCLUSIONES

La negativa de una empresa a vender sus productos a otra empresa puede ser, en ocasiones, perjudicial a la competencia y contraria a la LCD y a la LDC actualmente vigentes. En concreto, es posible que la negativa a vender provoque la salida del mercado de la empresa perjudicada y que esto, a su vez, aumente el poder de mercado de sus competidores y de la empresa que se negó a vender, lo que podría provocar un perjuicio a los consumidores finales debido al aumento de los precios. Sin embargo, son muchos los casos en los que la negativa de venta, pese a perjudicar a quien la sufre, está totalmente justificada desde el punto de vista económico. La determinación de los casos en los que debe autorizarse o prohibirse una negativa de venta debe apoyarse en un exhaustivo análisis económico. En este trabajo se ha utilizado la reciente Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona para ilustrar cómo el análisis económico puede ayudar a distinguir los casos que resultan perjudiciales para la competencia de aquellos que deben autorizarse por ser favorables a la misma.

En el asunto analizado, el análisis económico avala la desestimación de la demanda de los mayoristas contra los laboratorios. Dicha conclusión se apoya en tres consideraciones. En primer lugar, en el hecho de que la elevada atomización

del sector de la distribución mayorista de medicamentos genera ineficiencias que perjudican a los laboratorios que fabrican dichos medicamentos. En segundo lugar, en que dadas dichas ineficiencias, y teniendo en cuenta las recomendaciones de la teoría de la gestión de clientes, sobre las ganancias derivadas de una adecuada selección de clientes, la reorganización de la relación de los laboratorios con los mayoristas resulta razonable desde el punto de vista económico. En tercer lugar, dicha selección, aun siendo razonable, podría ser perjudicial para la competencia si derivase en un aumento del poder de mercado de quien la practica. En este caso, sin embargo, dicha selección no tiene dicho efecto perjudicial sino al contrario. La selección no permite a los laboratorios obtener un poder de mercado significativo que les permita subir los precios porque estos están regulados. En todo caso, el ahorro de costes derivado de la mejor gestión de clientes y de la reorganización que ha de producirse en el mercado de distribución mayorista abriría la puerta a una bajada de precios que, por un lado, permitiría ahorrar costes al sector público y, por el otro, beneficiaría a los consumidores destinatarios finales de los medicamentos.

En definitiva, el ejemplo presentado en este trabajo muestra cómo el análisis económico puede servir de gran ayuda en la determinación de qué comportamientos deben reputarse contrarios al derecho mercantil y de la competencia. Por ello resulta recomendable una mayor generalización del uso del análisis económico por las autoridades, reguladoras, jueces y magistrados, como está sucediendo en otros países de nuestro entorno.

LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL EN LA LEY 15/2007 DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA: EXPERIENCIAS Y RETOS

CLARA GUZMÁN ZAPATER

Directora de Investigación
Comisión Nacional de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

La Ley 15/07, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), ha supuesto el gran cambio del sistema español de defensa de la competencia, y éste ha tenido como base tanto la experiencia a nivel nacional como los cambios producidos en la normativa comunitaria.

En el marco del procedimiento sancionador, una de las reformas acometidas por la Ley 15/07 ha sido la flexibilización del régimen de terminación convencional como mecanismo de finalización de los expedientes sancionadores de conductas restrictivas de la competencia, lo que ha fomentado un mayor uso de esta herramienta en proporción al uso que se le dio durante la vigencia de la Ley 16/89, que ya lo contemplaba, como veremos más adelante.

Sin embargo, el auge de la terminación convencional no debería hacer olvidar cuáles son las implicaciones y los objetivos de esta figura, a fin de no crear expectativas infundadas a las empresas objeto de expedientes sancionadores en materia de conductas restrictivas de la competencia, ni pervertir el uso de esta figura, con los consiguientes perjuicios para la defensa de la libre competencia.

El objetivo del presente artículo es precisamente el de reflexionar acerca de este sistema, desde la perspectiva de la autoridad nacional competente para aplicarlo la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC), con la base que da la experiencia en la aplicación del régimen de terminación convencional tal como ha sido concebido en la actual LDC. Algo más de tres años habrán transcurrido desde su entrada en vigor el 1 de septiembre de 2007 cuando este artículo se haya publi-

cado. Desde entonces, el Consejo de la CNC habrá resuelto ocho expedientes sancionadores utilizando este instrumento.

Se hará un especial énfasis en el análisis de los casos en que, primero, el Servicio de Defensa de la Competencia, bajo la Ley 16/89, y luego la CNC, en aplicación de la Ley 15/07, ha hecho uso de la terminación convencional como medio de finalización del correspondiente expediente sancionador, poniendo de manifiesto las implicaciones de las decisiones tomadas en cada caso. Todo ello, con el sincero objetivo de tratar de apuntar algunas conclusiones respecto a la aplicación que se ha hecho de la terminación convencional y de cuál puede ser su proyección en un futuro, buscando en todo momento la mejor defensa del interés público.

2. ANTECEDENTES: DE LA LEY 16/89 A LA VIGENTE LEY 15/07

La terminación convencional aparece por primera vez en el ordenamiento jurídico español dentro del marco general establecido por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante Ley 30/92), como una forma, podría decirse que «excepcional», de terminación de los procedimientos administrativos.²

El carácter de negociación entre la Administración Pública y los sujetos privados (el artículo 88.1 de la Ley 30/92 habla de pacto, acuerdo o convenio) dio paso a que determinados procedimientos administrativos, entre ellos el de la defensa de la competencia, adoptaran la terminación convencional como un medio de terminación del procedimiento.

La Ley 52/1999, de 28 de diciembre, introduce en los procedimientos de defensa de la competencia la posibilidad de terminación convencional prevista en la Ley 30/92, con la finalidad, tal y como se expresa en su exposición de motivos, de beneficiar a los operadores económicos de un procedimiento más ágil previendo la posibilidad de que se autoricen aquellas operaciones que no pongan en peligro las condiciones de competencia en el mercado, sometidas a compromisos de las partes.

1. Los datos de ATC resueltos por el Consejo de la CNC utilizados en el marco de este artículo son los correspondientes a septiembre de 2010.
2. Artículo 88 de la Ley 30/1992.
 1. Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al Ordenamiento Jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.
 2. Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados...

Así, la Ley 52/99 introduce un nuevo artículo, el 36.bis,³ en el que se establece como una nueva competencia del Servicio de Defensa de la Competencia (órgano dependiente del Ministerio de Economía) la de poder acordar la finalización de un expediente sancionador en curso mediante terminación convencional.

La configuración de la terminación convencional como una figura excepcional para finalizar el procedimiento administrativo, unido al carácter sancionador que los procedimientos de conductas restrictivas tienen en el derecho de la competencia, hizo que el legislador introdujera una serie de requisitos a la hora de aplicar la terminación convencional que resultaron muy complejos a la hora de la aplicación práctica. A ello se añadía, además, la dificultad adicional aparejada a los propios expedientes sancionadores en aplicación de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, al permitir la participación de distintos interesados, unos como imputados y otros como afectados.

Así, el mencionado artículo 36.bis de la Ley 16/1989⁴ supeditaba la aplicación de la terminación convencional al acuerdo del director del Servicio de Defensa de la Competencia y de todos los declarados por él interesados en el asunto con el objeto de que pudieran ser oídos en el mismo, lo que indudablemente supuso una traba a su aplicación efectiva, ya que se les daba un papel en el acuerdo a los afectados por las conductas, los cuales, más que defender el interés público, como es lógico y natural, defendían sus propios intereses, impidiendo en unos casos informalmente⁵ el inicio de la terminación convencional y en otros de manera formal y expresa que esta llegara a su término una vez iniciado el procedimiento.⁶

El hecho de que el acuerdo de terminación convencional tuviera que ser suscrito por el Servicio de Defensa de la Competencia le daba un papel de parte en el

3. Artículo 36 bis de la Ley 16/1989.

1. El Servicio de Defensa de la Competencia podrá:

(...)

c) Acordar la terminación convencional de una investigación que se haya iniciado de oficio o a instancia de parte interesada por posible infracción de los artículos 1, 6 y 7 de la Ley, siempre que la misma no resulte contraria a lo dispuesto en esta Ley, y esté encaminada a finalizar las actuaciones administrativas.

2. En los procedimientos de terminación convencional, el Servicio determinará quiénes son los interesados en el asunto, con el fin de que puedan ser oídos en el curso del mismo.

La terminación convencional de los procedimientos no podrá acordarse en aquellos casos en que resulte contraria al ordenamiento jurídico y resulte perjudicial para terceros. Tampoco podrá acordarse la terminación convencional una vez notificado el pliego de concreción de hechos.

Los acuerdos para la terminación convencional de una investigación deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, territorial y temporal, el objeto de los compromisos y el alcance de los mismos. Dichos acuerdos deberán ser adoptados por el Director del Servicio y los interesados.

Quiénes acrediten interés legítimo, y no hubieren tomado parte en los acuerdos de terminación convencional, podrán interponer contra los mismos el recurso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia previsto en el artículo 47 de esta Ley.

4. Introducido como se ha dicho por la Ley 52/99.

5. Se hicieron varios intentos, de manera informal, por parte del SDC de iniciar la terminación convencional en expedientes sin que llegaran a prosperar, en todos los casos debido a la oposición de los denunciantes.

6. Resolución de 10 de marzo de 2004, r 570/03, CERCASA, en la que se dice que por «Providencia de 5 de mayo de 2003, el Servicio acordó el abandono de la vía de terminación convencional a consecuencia de las alegaciones en contra de la denunciante Cervezas Anaga S.A.»

mismo, lo que, indirectamente, le implicaba de manera proactiva en la definición no solo del ámbito personal, territorial y temporal de los compromisos sino también en el objeto y alcance de los mismos, limitándose en muchos casos las empresas a hacer sus observaciones sobre sus propuestas y/o a su aceptación sin más.

Adicionalmente, la Ley 16/89 establecía un límite temporal para poder aplicar la terminación convencional que abarcaba cualquier momento del procedimiento antes de la notificación del pliego de concreción de hechos, es decir, antes de que el Servicio hubiera delimitado formalmente cuáles eran las conductas investigadas y su correspondiente calificación jurídica.

La Ley 16/89 daba la potestad para adoptar el acuerdo de terminación convencional del expediente al Servicio de Defensa de la Competencia, sin que mediara intervención alguna del Tribunal de Defensa de la Competencia (en adelante TDC) que, sin embargo, era el competente para resolver, previo informe de vigilancia, sobre el incumplimiento de dicho acuerdo⁷ y sobre la adopción de la multa coercitiva con el fin de hacer cumplir los términos del acuerdo de terminación convencional.⁸ Todo ello era llevado a cabo por el TDC sin haber tenido opción a valorar si el contenido y alcance de los compromisos eran o no suficientes para restaurar las condiciones de competencia. Únicamente en los casos en que se interpusiera el correspondiente recurso ante el TDC por aquellos que acreditando interés legítimo no hubieren tomado parte en el acuerdo de terminación convencional, el TDC podía acceder a toda la información previa al recurso que conformaba el expediente sancionador, lo que de haberse producido transcurrido un cierto tiempo hubiera creado una difícil situación.

Quizás por todos estos requisitos establecidos en la Ley 16/1989 que acabamos de comentar y sobre todo debido a la dificultad para poner de acuerdo a denunciante y denunciado, durante los casi siete años (2000-2007) de vigencia del sistema de terminación convencional previsto en la Ley 16/1989, solo se culminaron tres acuerdos de terminación convencional (en adelante, ATC).⁹

Examinando el contenido concreto de estos tres ATC, resulta asimismo complicado establecer puntos comunes entre ellos. En un caso el expediente se había iniciado por supuesto abuso de posición de dominio,¹⁰ en los otros dos casos por acuerdos entre empresas.¹¹ En cuanto a los hechos objeto de investigación, también eran distintos de unos casos a otros: precios predatorios, fijación de precios, imposición de condiciones...

Pero dentro de la diferencia en relación con el contenido sustancial de cada uno de los distintos ATC, sí se observan similitudes en relación con el procedimiento

7. Resolución de incidente de cumplimiento de acuerdo terminación convencional, de 24 de junio de 2008, expediente 630/07, DAMA/SGAE.

8. Artículo 11.5 de la Ley 16/89.

9. Expedientes: 2457/03 SISTEMAS DE PAGO; 2458/03 ASEMPRE/CORREOS y 2398/02 DAMA/SGAE.

10. 2458/03 ASEMPRE/CORREOS.

11. 2457/03 SISTEMAS DE PAGO y 2398/02 DAMA/SGAE.

abordado por la Administración para llegar a una solución negociada con las partes en conflicto.

Así, en los tres casos el extinto Servicio de Defensa de la Competencia adoptó un papel activo con las distintas partes implicadas. Consta que se mantuvieron contactos con las empresas previos al inicio de la propia terminación convencional, con el objetivo de que pudiera asegurarse un mínimo entendimiento *inter-partes* en un procedimiento que, como ya se ha mencionado con anterioridad, requería del acuerdo de todas ellas.

En todo caso, conviene destacar que una vez adoptados los ATC mencionados, ha habido y continúa habiendo a día de hoy problemas reales, tanto para las empresas como para la propia autoridad de competencia (en la actualidad, la CNC), para implementar y vigilar el cumplimiento de los compromisos adoptados en el marco de los mismos. En algunos casos, estos problemas incluso se han plasmado en nuevas resoluciones.¹²

Encontrándose aún vigente la Ley 16/89 en España, en el ámbito comunitario (UE) el 1 de mayo de 2004 entró en vigor el Reglamento 1/2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, en cuyo decimotercero considerando se establece la posibilidad de que las empresas puedan proponer compromisos a la Comisión (CE) en el curso de un procedimiento, salvo cuando la CE se disponga a imponer una sanción, pudiendo convertir la CE estos compromisos en obligatorios para las empresas afectadas mediante decisión, sin que en dicha decisión la CE deba pronunciarse sobre si se ha producido o existe infracción de los artículos del TFUE relativos a defensa de la competencia.

Teniendo en cuenta las dificultades y problemas planteados en la aplicación práctica del procedimiento de terminación convencional de acuerdo con la Ley 16/89, y las competencias asignadas a la CE en el Reglamento comunitario, la nueva y vigente Ley 15/07, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC), que crea la nueva autoridad nacional, la Comisión Nacional de la Competencia, fruto de la unión de los dos organismos preexistentes (Tribunal y Servicio de Defensa de la competencia) acomete, entre otras muchas reformas, una serie de cambios sustantivos en el procedimiento de terminación convencional con la finalidad de *flexibilizar* dicho régimen, centrandos esos cambios «en la propuesta de compromisos por parte del presunto infractor, la negociación con la Dirección de Investigación y la elevación al Consejo de una propuesta de resolución, siempre antes del informe-propuesta, que podrá ser adoptada sin necesidad de contar con el acuerdo del resto de interesados en el expediente.»¹³

12. Resolución de incidente de cumplimiento de acuerdo terminación convencional, de 24 de junio de 2008, expediente 630/07, DAMA/SGAE, y Resolución de Incidente de Ejecución del acuerdo de terminación convencional de 29 de julio de 2009, Expediente 2457.

13. Exposición de motivos de la Ley 15/07.

Así, la LDC en su artículo 52¹⁴ y posteriormente el Reglamento de Defensa de la Competencia, aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, en su artículo 39,¹⁵ vienen a establecer los requisitos necesarios para poder finalizar el

14. Artículo 52 de la Ley 15/2007:

1.- El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, a propuesta de la Dirección de Investigación, podrá resolver la terminación del procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas cuando los presuntos infractores propongan compromisos que resuelvan los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y quede garantizado suficientemente el interés público.

2.- Los compromisos serán vinculantes y surtirán plenos efectos una vez incorporados a la resolución que ponga fin al procedimiento.

3.- La terminación del procedimiento en los términos establecidos en este artículo no podrá acordarse una vez elevado el informe propuesto previsto en el artículo 50.4.

15. Artículo 39 del Reglamento aprobado por R.D. 261/2008:

Terminación convencional de los procedimientos sancionadores.

1. De conformidad con el artículo 52 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, en cualquier momento del procedimiento previo a la elevación del informe propuesto previsto en el artículo 50.4 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, la Dirección de Investigación podrá acordar, a propuesta de los presuntos autores de las conductas prohibidas, el inicio de las actuaciones tendentes a la terminación convencional de un procedimiento sancionador en materia de acuerdos y prácticas prohibidas. Este acuerdo de inicio de la terminación convencional será notificado a los interesados, indicándose si queda suspendido el cómputo del plazo máximo del procedimiento hasta la conclusión de la terminación convencional.

2. Los presuntos infractores presentarán su propuesta de compromisos ante la Dirección de Investigación en el plazo que esta fije en el acuerdo de iniciación de la terminación convencional, que no podrá ser superior a tres meses. Dicha propuesta será trasladada al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para su conocimiento.

3. Si los presuntos infractores no presentaron los compromisos en el plazo señalado por la Dirección de Investigación se les tendrá por desistidos de su petición de terminación convencional, continuándose la tramitación del procedimiento sancionador. Asimismo, se entenderá que los presuntos infractores desisten de su petición si, una vez presentados los compromisos ante la Dirección de Investigación y habiendo considerado esta que los mismos no resuelven adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente o no garantizan suficientemente el interés público, los presuntos infractores no presentaron, en el plazo establecido a tal efecto por la Dirección de Investigación, nuevos compromisos que, a juicio de esta, resuelvan los problemas detectados.

4. La propuesta de compromisos será remitida por la Dirección de Investigación a los demás interesados con el fin de que puedan aducir, en el plazo que se señale, cuantas alegaciones crean convenientes.

5. La Dirección de Investigación elevará al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia la propuesta de terminación convencional para su adopción e incorporación a la resolución que ponga fin al procedimiento. Recibida la propuesta de terminación convencional y, en su caso, informada la Comisión Europea de acuerdo con lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia podrá:

a. Resolver el expediente sancionador por terminación convencional, estimando adecuados los compromisos presentados.

b. Resolver que los compromisos presentados no resuelven adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente o no garantizan suficientemente el interés público, en cuyo caso podrá conceder un plazo para que los presuntos infractores presenten ante el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia nuevos compromisos que resuelvan los problemas detectados. Si, transcurrido este plazo, los presuntos infractores no hubieran presentado nuevos compromisos, se les tendrá por desistidos de su petición y el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia instará de la Dirección de Investigación la continuación del procedimiento sancionador.

6. La resolución que ponga fin al procedimiento mediante la terminación convencional establecerá como contenido mínimo:

a. la identificación de las partes que resulten obligadas por los compromisos,

b. el ámbito personal, territorial y temporal de los compromisos,

c. el objeto de los compromisos y su alcance, y

d. el régimen de vigilancia del cumplimiento de los compromisos.

7. El incumplimiento de la resolución que ponga fin al procedimiento mediante la terminación convencional tendrá la consideración de infracción muy grave de acuerdo con lo establecido en el artículo 62.4.c de la Ley 15/2007, de 3 de julio, pudiendo determinar, asimismo, la imposición de multas coercitivas de acuerdo

procedimiento sancionador mediante terminación convencional, siendo las mayores diferencias con el procedimiento establecido en la Ley 16/89 concretamente:

- La solicitud del inicio del procedimiento de terminación convencional la realiza el presunto infractor.
- La propuesta de compromisos que resuelvan los efectos de las conductas por los presuntos infractores, en el plazo estipulado por la Dirección de Investigación y siempre inferior a tres meses.
- La solicitud de terminación convencional será previa a la remisión del informe propuesta al Consejo de la CNC.
- La decisión de iniciar el procedimiento corresponde a la Dirección de Investigación, si bien la resolución del expediente por terminación convencional, estimando si los compromisos son adecuados o no corresponde en todo caso al Consejo de la CNC, previa propuesta de la Dirección de Investigación.
- Los interesados en el procedimiento no participan en la propuesta de compromisos salvo si estos les son remitidos por la Dirección de Investigación al objeto de que puedan hacer sus observaciones.
- No es necesario el acuerdo de los interesados con los compromisos.
- Solo cabe el recurso contencioso administrativo de la resolución que pone fin al expediente, al igual que ocurre con cualquier otra resolución del Consejo de la CNC.

De esta manera son los presuntos infractores quienes han de solicitar el inicio de dicho procedimiento y presentar sus compromisos, pasando a un segundo plano el papel de la Dirección de Investigación tanto en lo relativo a la decisión sobre el inicio del procedimiento como en el diseño de los propios compromisos.

Además, el hecho de verse ampliado el momento procesal en el que las partes pueden solicitar a la Dirección de Investigación el inicio de la terminación convencional hasta el envío del informe propuesta y del expediente al Consejo, hace que la valoración de la idoneidad de finalizar el procedimiento sancionador a través de esta vía pueda hacerse, tanto por la CNC como por las empresas imputadas, sobre unos presupuestos mucho más claros que con la Ley 16/1989. Y ello, porque permite su inicio tras la formulación del Pliego de Concreción de Hechos y, por tanto, una vez que la Dirección de Investigación ha delimitado los hechos constitutivos de infracción, dando así a las empresas la oportunidad de saber exactamente cuáles serían las conductas imputadas y con ello orientando con claridad sobre lo que deberían incluir en sus compromisos para evitar los efectos de dichas conductas.

con lo establecido en el artículo 67 de la Ley de Defensa de la Competencia y en el artículo 21 del presente reglamento, así como, en su caso, la apertura de un expediente sancionador por infracción de los artículos 1, 2 ó 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio.

El que sea el Consejo y no la Dirección de Investigación de la CNC, el que adopta el ATC mediante resolución elimina el recurso ante este por parte de aquellos que se vean perjudicados por los términos del mismo, a los que solo les quedaría la vía de lo contencioso administrativo.

Por último y no menos importante, el hecho de que no sea necesario contar con el acuerdo con la propuesta de compromisos de todos los interesados en el procedimiento permite superar uno de los escollos fundamentales para la consecución de la terminación convencional, quedando la decisión de si los mismos responden o no al interés público a los órganos de competencia.¹⁶

Estos cambios, que identificamos en este artículo como flexibilizadores del procedimiento de terminación convencional, han fomentado sin duda un mayor uso del mismo. Así durante los tres años de vigencia de la Ley 15/07, el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia ha resuelto siete expedientes sancionadores mediante terminación convencional, frente a los tres acuerdos que se adoptaron durante los siete años de vigencia del anterior sistema bajo la Ley 16/89.

3. TERMINACIÓN CONVENCIONAL: APLICACIÓN DEL NUEVO PROCEDIMIENTO DE LA LEY 15/07

La terminación convencional puede iniciarse, a solicitud de los presuntos infractores, desde el momento de la incoación del expediente hasta, como establece la LDC, antes de que la Dirección de Investigación eleve su informe propuesta al Consejo.

Lo anterior implica que si se ha procedido al cierre de la fase de instrucción para, como establece el artículo 33 del Reglamento, proceder a la propuesta de informe, se deberá reabrir dicha fase,¹⁷ previa notificación a todos los interesados, aunque ello no esté expresamente previsto ni en la LDC ni en el Reglamento que la desarrolla.

En el caso de que haya varios sujetos infractores, la solicitud podrá hacerla uno de ellos y a la misma podrá adherirse el resto.¹⁸ Incluso podría darse el caso de que alguno de los supuestos infractores ni la solicitara ni se adhiriera, en cuyo caso la Dirección de Investigación tendría que valorar si la posible terminación convencional resolvería «los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente» y si garantizaría suficientemente el interés público, dado que la terminación convencional puede ser adoptada «sin necesidad de contar con el acuerdo del resto de interesados del expediente». Solo hay obligación de poner

16. En el caso de la terminación convencional en el marco de los expedientes S/0127/09, PROCURADORES; 2800, SIGNUS y 2697, CEPESA, los denunciantes no estaban de acuerdo, por lo que la terminación convencional ha sido posible debido a la nueva normativa.

17. S/0127/09, PROCURADORES.

18. S/0076/08, CONVENIO CONTACT CENTER y S/ 0077/08, CONVENIO SEGURIDAD.

en conocimiento de todos los supuestos infractores el procedimiento de terminación convencional desde su inicio e informarles de su derecho a formular alegaciones, pero sin reconocérsele el derecho de veto que permitía la legislación anterior.

Podría incluso darse el caso de que el inicio del procedimiento de terminación convencional se propusiera únicamente sobre determinadas conductas pero no sobre todas las que son objeto del expediente.

En ambos casos la terminación convencional sería parcial (bien respecto a presuntos infractores o a determinadas conductas) y podría la Dirección de Investigación proceder al desglose del expediente, terminando cada uno de ellos con su correspondiente resolución.

En esta fase previa es habitual que los presuntos infractores mantengan contactos informales con la Dirección de Investigación al objeto de recabar su opinión sobre la procedencia de la solicitud del inicio del procedimiento de terminación convencional y, en su caso, sobre los posibles compromisos a ofrecer. Sin embargo, en ningún caso dichos intercambios de información paralizarían el procedimiento de instrucción del expediente, que seguiría su curso normal.

La práctica ha demostrado que estos contactos informales, por un lado, pueden facilitar la decisión de la Dirección de Investigación sobre el inicio de la terminación convencional al contar esta con más elementos de juicio a la hora de valorar si con dicho procedimiento se pueden resolver o no los efectos sobre la competencia derivados de las conductas objeto del expediente y garantizar así el interés público», y por otro, agilizan y acortan el procedimiento de terminación convencional una vez iniciado formalmente. Todo ello siempre y cuando las empresas implicadas tengan voluntad real de trabajar para concretar las líneas básicas de los compromisos que están dispuestas a ofrecer, en la medida de que son las más interesadas en que el procedimiento iniciado llegue a buen puerto. Recordemos que la terminación convencional solo puede iniciarse previa solicitud del presunto infractor, nunca a instancias de la Dirección de Investigación.

Solicitado el inicio de terminación convencional, la Dirección de Investigación ha de proceder a denegarla o a aceptarla mediante el correspondiente acuerdo.

El acuerdo de denegación ha de motivarse,¹⁹ si bien y como ha puesto de manifiesto el Consejo de la CNC, el mismo no es objeto de recurso al no cumplir los requisitos del artículo 47 LDC, esto es, que produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.²⁰ Así, en opinión del Consejo:

- La negativa a la terminación convencional debe considerarse un trámite dentro del procedimiento de infracción que continuará su tramitación con el habitual respeto a todas las garantías procesales y, en consecuencia, no

19. Algunos ejemplos en este sentido son los expedientes sancionadores S/0094/08 ASOCIACIÓN EMPRESARIAL MENORQUINA ALQUILER COCHES SIN CONDUCTOR; S/0105/08 CORRAL DE LAS FLAMENCAS, S/0106/08 ALMACENES HIERRO, S/0044/08, PROPOLLO.

20. R70/03, de 10 de marzo de 2004, CERCASA; R/0229/09 de 10 de diciembre de 2009, ECOVIDRIO.

puede considerarse como un acto administrativo generador de indefensión.²¹

- «como señala el Tribunal Supremo, recurso 6456/2002, tratándose de actos administrativos, la protección inherente al derecho fundamental reconocido en el artículo 24 CE solo opera en relación a los que tengan un contenido sancionador y solo podrá ser invocada respecto a actos definitivos, y que por esta razón tengan en sí mismos un efectivo contenido sancionador».
- Respecto al *perjuicio irreparable*: no siendo la terminación convencional una obligación sino una potestad de la CNC, delimitada por la propia Ley por una doble condición, la capacidad para solventar los problemas de competencia y la seguridad del interés público, la negativa a iniciarla o a adoptarla no puede considerarse como generadora de perjuicios irreparables.

En cuanto al contenido del acuerdo de inicio del procedimiento de terminación convencional, este ha de indicar si se suspende o no el plazo máximo del procedimiento principal y el plazo que tiene el solicitante para presentar la propuesta de compromisos, plazo que no podrá ser en ningún caso superior a tres meses y cuyo incumplimiento supondría el desistimiento de su petición, procediéndose a continuar con el procedimiento principal desde el día siguiente al del final del plazo.

En todo caso, que el plazo de resolución del expediente se encuentre suspendido y el que el procedimiento de terminación convencional no tenga un plazo máximo establecido por el legislador, no significa que este procedimiento de terminación convencional se pueda dilatar eternamente en el tiempo. En el espíritu de la Ley está también la vocación de utilizar este instrumento para lograr acuerdos que reduzcan el plazo de tramitación de los expedientes sancionadores, en beneficio tanto de las empresas implicadas como de la propia eficacia administrativa.

Por ello, es imprescindible contar con una actitud muy proactiva por parte de las empresas implicadas, que evidencie desde el primer momento su voluntad de obtener la terminación convencional, debiendo toda dilatación en los trámites de este procedimiento estar plenamente justificada. A estos efectos existe siempre la posibilidad de mantener contactos informales con la Dirección de Investigación, en los que cabe establecer un calendario estimado para la configuración y evaluación de los compromisos.

A este respecto, la Dirección de Investigación tiene discrecionalidad para determinar cuál debe ser el plazo de presentación tanto de la primera como de la segun-

21. «El Tribunal Constitucional tiene establecido que por indefensión ha de entenderse el impedir a una parte en un proceso o procedimiento el ejercicio del derecho de defensa, privándole de ejercitar su potestad de alegar y justificar sus derechos e intereses, señalando que la indefensión a la que se refiere el art. 24.1 de la Constitución Española es solo aquella que produzca un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa de la parte. Por eso, el Tribunal Constitucional ha señalado que no se da indefensión cuando ha existido la posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos o cuando no se ha llegado a producir efectivo y real menoscabo del derecho de defensa».

da propuesta formal de compromisos. Salvo que las circunstancias del caso recomienden lo contrario, la tendencia está siendo a reducir estos plazos al máximo posible en cada caso.

Como se ha indicado anteriormente, la decisión de abrir un procedimiento de terminación convencional tras haberse recibido una solicitud formal corresponde a la Dirección de Investigación, sin que ni las partes ni el Consejo puedan coaccionar o forzar a la Dirección para su empleo. Todo ello sin perjuicio de que en la posterior fase de resolución del expediente sancionador, el solicitante pueda suscitar esta cuestión ante el Consejo de la CNC para que resuelva lo que estime conveniente.

A la hora de tomar esta decisión sobre el inicio de la terminación convencional, la Dirección de Investigación debe aplicar un juicio de proporcionalidad a las líneas generales de los compromisos que se ofrecen, para determinar en un examen somero y *ex ante*, si los posibles compromisos tienen la capacidad para compensar los efectos restrictivos sobre la competencia efectiva de las conductas investigadas y no se pone en peligro el interés público de la libre competencia.

A este respecto, como se ha indicado anteriormente, la existencia de contactos informales y negociaciones entre la Dirección de Investigación es un elemento esencial para asegurar el éxito de la terminación convencional, pues estas negociaciones informales son las que posibilitan que los compromisos finalmente presentados sean, a juicio de la Dirección de Investigación, lo más acertados y aceptables posibles para cumplir con sus objetivos.

Una vez recibida la primera propuesta formal de compromisos, la Dirección de Investigación la trasladará al Consejo de la CNC para su conocimiento, y al resto de interesados en el expediente, para que estos últimos presenten las alegaciones que estimen oportunas.

Como se ha destacado en puntos anteriores, la intervención de terceros suele ser de vital importancia en esta fase del procedimiento, dado que permite a la Dirección de Investigación obtener elementos de juicio e informaciones que le facilitan poder valorar la viabilidad y eficacia de los compromisos presentados.

En este sentido, esta intervención de terceros no solo se tiene que producir a través de las alegaciones de los interesados en el expediente sancionador, sino que también se puede obtener mediante requerimientos de información o contactos informales.

Tras la presentación de la primera propuesta formal de compromisos, se abre la etapa más crítica para el éxito de la terminación convencional. En esta etapa, se multiplican los contactos de la Dirección de Investigación con la solicitante y los terceros, para verificar si los compromisos presentados en esta primera propuesta resuelven adecuadamente los efectos sobre la competencia derivados de las conductas y garantizan suficientemente el interés público o si por el contrario han de ser completados o corregidos.

Si la primera propuesta formal de compromisos se considera adecuada y aceptada por la Dirección de Investigación, se procede a elaborar la propuesta de ter-

minación convencional y elevarla, junto con el expediente, al Consejo de la CNC, para su resolución

Si por el contrario la primera propuesta de compromisos no es considerada suficiente por la Dirección de Investigación, esta adoptará un acuerdo mediante el cual se pondrá de manifiesto este hecho, indicando las causas y deficiencias que se consideren y dando un plazo para la presentación de nuevos compromisos que resuelvan los problemas detectados, con la advertencia de que transcurrido dicho plazo sin que estos se hayan presentado se les tendrá por desistidos, continuándose la tramitación del procedimiento sancionador.

Tras la desestimación de la primera propuesta formal de compromisos, se intensifican de nuevo las negociaciones entre Dirección de Investigación y el solicitante de la terminación convencional, siempre condicionadas por la limitación temporal que impone el plazo establecido para la presentación de la segunda propuesta formal de compromisos.

La segunda propuesta de compromisos, al igual que la primera, es trasladada al Consejo para su conocimiento y a los demás interesados para que hagan las alegaciones que consideren oportunas en el plazo que se establezca al respecto

En caso de no presentación formal de la primera y la segunda propuesta de compromisos dentro de los plazos establecidos por la Dirección de Investigación, o si la segunda propuesta de compromisos es considerada insuficiente por la Dirección de Investigación,²² se entenderá por desistida a la solicitante de terminación convencional y se procederá a la continuación de la instrucción del procedimiento sancionador.

Solo si la propuesta formal de compromisos finalmente presentada resultara, a juicio de la Dirección de Investigación, adecuada para resolver los efectos sobre la competencia de las conductas investigadas se procederá a elevar al Consejo de la CNC la propuesta de terminación convencional junto con el expediente sancionador para su resolución.

Una vez presentada la segunda propuesta formal de compromisos, en principio, no sería posible presentar nuevos compromisos. No obstante, discrecionalmente, la Dirección de Investigación podría considerar necesario extender las negociaciones, para permitir la presentación de una nueva propuesta formal de compromisos que sustituya a la anterior, siempre que entendiera que continúa siendo viable la obtención de unos compromisos suficientes²³ y que una extensión adicional del plazo es absolutamente necesaria para lograrlos.

Una vez analizados los compromisos por la Dirección de Investigación, y solo si esta considerara que con los mismos, se solventan los problemas que sobre la competencia habían suscitado las conductas analizadas en el marco del expediente sancionador, se procederá a elaborar la propuesta de finalización del expediente sancio-

22. S/0006/07, AVS.

23. En el acuerdo de terminación convencional de CEPSA se aceptan los terceros compromisos por esta.

nador mediante terminación convencional, que habrá de ser elevada al Consejo de la CNC para su resolución.

El contenido de la propuesta dependerá también en parte del momento procesal en el que se haya procedido a iniciar la terminación convencional y por tanto del mayor o menor grado de conocimiento y acreditación de los hechos, así como de los efectos reales o potenciales de las conductas objeto de análisis. Así, cuanto más avanzada esté la instrucción del procedimiento sancionador más pormenorizado será el análisis de las conductas y sus efectos y, por lo tanto, de los compromisos.

Con independencia de lo anterior, toda propuesta de terminación convencional debe contar con un contenido mínimo que permita al Consejo poder resolver el expediente con conocimiento y base suficientes y poder así determinar si los compromisos son realmente suficientes o no.

De este modo, la propuesta que la Dirección de Investigación eleve al Consejo de la CNC debe contener un somero análisis de la denuncia o de la información que ha motivado la incoación del expediente, así como de las partes interesadas en el mismo, centrándose sobre todo en realizar una relación detallada de los hechos y los efectos sobre la competencia. Como es lógico se ha de realizar un análisis exhaustivo de los compromisos y de cómo estos solucionan los problemas que sobre la competencia estaban causando las conductas objeto del expediente, es decir, explicando por qué se considera que los compromisos resuelven los problemas de competencia y garantizan suficientemente el interés público. Puede, dependiendo del caso, que deban analizarse las alegaciones de los otros interesados, valorándose, en su caso, la aceptación o rechazo de las mismas. Por último, la propuesta ha de terminar, como su propio nombre indica, con la propuesta que la Dirección de Investigación hace al Consejo, concretamente, cuáles son el objeto y el alcance de los compromisos, así como su ámbito personal, territorial y temporal, especificándose de manera clara quiénes están obligados a cumplirlos. Todo ello resultará sumamente importante de cara a poder establecer un régimen de vigilancia eficaz y lo más sencillo posible de ejecutar y fácil de comprobar por la Dirección de Investigación en el marco de las funciones de vigilancia que tiene asignadas.²⁴

Si bien la Dirección de Investigación es la única con competencias para decidir si inicia o no el procedimiento de terminación convencional, el Consejo de la CNC, como órgano de resolución del procedimiento, es el órgano de la CNC que toma siempre la decisión final en relación con la terminación convencional, pudiendo aceptar los compromisos propuestos o no aceptarlos por considerarlos insuficientes o no adecuados para resolver los problemas detectados pudiendo, en último extremo, instar a la Dirección de Investigación la continuación del procedimiento sancionador.

24. Requisitos todos ellos que debe incluir posteriormente la resolución que ponga fin al procedimiento mediante terminación convencional (artículo 39.6 RDC).

Por último, el Consejo de la CNC puede decidir abrir una última «ventana de oportunidad» y renegociar una última propuesta de compromisos con los imputados cuando considere que los elevados por la Dirección de Investigación con su propuesta no resuelven adecuadamente los problemas detectados y las empresas están abiertas a seguir negociando, otorgando un plazo adicional para presentar nuevos compromisos que resulten a su juicio adecuados.

Si estos nuevos compromisos presentados, esta vez, ante el Consejo, no fuesen aceptables o no se presentasen en plazo, se daría por finalizado el procedimiento de terminación convencional, instando a la Dirección de Investigación a continuar la instrucción del expediente sancionador.

Por el contrario, elevada la propuesta de terminación convencional al Consejo, junto con el expediente e informada la Comisión Europea en el caso de que el expediente hubiera sido incoado por infracción del TFUE,²⁵ el Consejo podrá resolver el expediente sancionador por terminación convencional si estima adecuados los compromisos presentados.²⁶

Por el momento, el Consejo de la CNC ha considerado adecuadas y ha aceptado todas las propuestas de terminación convencional que le han sido elevadas por la Dirección de Investigación. Así ha ocurrido en los expedientes 2697 CEPSA,²⁷ 2800 SIGNUS,²⁸ S/0020/07 TRIO+,²⁹ S/0076/07 CONVENIO CONTACT CENTER, S/0077/07 CONVENIO SEGURIDAD,³⁰ S/0127/09 PROCURADORES³¹ y S/0189/09 CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE APAREJADORES Y ARQUITECTOS TÉCNICOS³² y S/062/09, SEMILLAS DE GIRASOL.³³

Los compromisos aprobados por el Consejo son vinculantes y surten plenos efectos desde su incorporación a la resolución.³⁴ Esto implica que una vez resuelto el expediente por el Consejo se inicia de manera automática el correspondiente expediente de vigilancia de su ejecución por parte de la Dirección de Investigación, en el marco del cual se procede a comprobar la ejecución real de los compromisos, tal y como hayan sido aprobados, todo ello con el fin de informar de manera puntual e inmediata al Consejo del posible incumplimiento. Incumplimiento este que tiene la consideración de infracción muy grave de acuerdo con lo

25. De acuerdo con lo previsto en el artículo 11.4 del Reglamento 1/2003.

26. Artículo 39 RDC.

27. Resolución del Consejo de la CNC de 29 de julio de 2009, S/2697/06, CEPSA.

28. Resolución del Consejo de la CNC de 20 de mayo de 2010, S/2800/07, SIGNUS ECOVALOR.

29. Resolución del Consejo de la CNC de 28 de enero de 2010, S/0020/07, TRÍO PLUS.

30. Resolución del Consejo de la CNC de 17 de marzo de 2009, S/0077/08, CONVENIO SEGURIDAD.

31. Resolución del Consejo de la CNC de 20 de mayo de 2010, S/0127/09, PROCURADORES.

32. Resolución del Consejo de la CNC de 28 de julio de 2010, S/0189/09, CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE APAREJADORES Y ARQUITECTOS TÉCNICOS.

33. Resolución del Consejo de la CNC de 13 de septiembre de 2010, SEMILLAS DE GIRASOL.

34. Artículo 52 LDC.

establecido en el artículo 62.4.c) LDC, pudiendo el Consejo imponer la correspondiente multa coercitiva al objeto de obligar a su cumplimiento, de acuerdo con lo establecido en el artículo 67 LDC, e, incluso, instar a la Dirección de Investigación a incoar el correspondiente expediente sancionador por infracción de los artículos 1, 2 o 3 LDC.³⁵

La agilidad que supone el procedimiento de terminación convencional como medida eficaz y finalizadora del procedimiento se observa si tenemos en cuenta que, en la mayor parte de los expedientes finalizados a través de esta vía, el plazo temporal que media entre el inicio de la terminación convencional y la resolución final del Consejo no excede de los 6 meses.

4. TERMINACIÓN CONVENCIONAL: SU OBJETO E IMPLICACIONES

Siendo el objeto perseguido con la terminación convencional restituir las condiciones de competencia en el mercado, resulta evidente que debe intentarse utilizar la vía o procedimiento más rápido posible para lograrlo. Desde la perspectiva de la autoridad pública encargada de velar por el cumplimiento efectivo de la LDC, con ello, además, se minimizan el tiempo y los medios humanos que se deben dedicar a la instrucción de expedientes sancionadores con el fin de probar los hechos, optimizándose así el uso de los recursos públicos. Y ello no solo en la instrucción sino también en la fase de resolución ante el Consejo, e incluso, en la fase judicial como consecuencia de la probable reducción del número de recursos que se interponen ante la justicia contencioso-administrativa contra las resoluciones del Consejo.

Por lo que respecta a los presuntos responsables, la terminación convencional supone, además de un ahorro de tiempo y de recursos, una forma de acabar con un expediente administrativo y de evitar, por qué no, la posible sanción pecuniaria, entre otras, de la que podría ser objeto de resultar finalmente probados los hechos que se le imputan. No olvidemos que la terminación convencional solo puede llevarse a efecto en procedimientos ya incoados, por lo que, en el mejor de los casos, si la terminación convencional se lleva a cabo antes de formular el Pliego de Concreción de Hechos, puede afirmarse que en ese momento ya se cuenta con indicios racionales de existencia de infracción y se han identificado los presuntos responsables, cuanto más si ha sido formulado el Pliego de Concreción de Hechos por la Dirección de Investigación.

La decisión cuando se le solicita una terminación convencional sobre si procede esta o no corresponde a la Dirección de Investigación y esta debe fundamentarse exclusivamente en salvaguardar el interés público de la libre competencia. Esta decisión no es objeto de recurso, de ahí que deba ser siempre motivada y responder a criterios objetivos, pudiendo ser, entre otros:

35. Artículo 39.7 RDC.

- Que la conducta investigada no haya tenido efectos o estos no hayan sido significativos.
- La mayor o menor facilidad en cuanto al diseño de los posibles compromisos que solucionen el problema o problemas de competencia identificados.
- La mayor o menor dificultad de probar los efectos de la conducta objeto del expediente, ya que a través de la terminación convencional aunque no se declare la comisión de la infracción se consigue su cese de manera rápida.
- No se encuentran razones evidentes para su denegación.

En consecuencia, resulta evidente que no todos los procedimientos sancionadores son susceptibles de terminar mediante terminación convencional.

En particular, no puede contemplarse esta posibilidad en aquellos casos que hayan tenido efectos negativos irreversibles sobre la competencia efectiva, causando daños irrecuperables que no son compensados por las posibles eficiencias derivadas de las conductas investigadas o por los compromisos susceptibles de ser presentados.³⁶

Tampoco pueden ser objeto de terminación convencional aquellos casos que afecten a conductas que, por su propia naturaleza, son contrarias al interés público de la libre competencia, sin necesidad de haber desplegado plenamente sus efectos. El ejemplo más paradigmático son los *hard core cartels*.

A este respecto, la terminación convencional no puede servir para reducir o evitar una multa en los casos que quede acreditado que dicha sanción es necesaria. Como ocurre, por ejemplo, en aquellos casos en que las empresas hayan sido objeto ya de una resolución sancionadora por los mismos hechos.³⁷

En este sentido, en España la única figura que permite evitar o reducir una sanción es la clemencia. Por ello, como ha indicado en innumerables ocasiones la CNC, la terminación convencional no se puede asimilar a los *settlements* (transacciones de multas), instrumento recogido en otras legislaciones de competencia de la UE y de fuera de ella, sino que se asemejaría más a la figura de los *commitments* de la normativa comunitaria (CE).

En todo caso, está claro que no siempre resulta fácil determinar *ex ante* los supuestos que no son susceptibles de acogerse a la terminación convencional, por lo que el legislador ha optado en su momento por dar un margen de apreciación al órgano instructor, la Dirección de Investigación.

Todo ello sin perjuicio de que, conforme se produzca cierta consolidación de la práctica de la aplicación de esta figura según la define la LDC, se considere adecuada la elaboración y publicación de unas directrices más detalladas, en forma de comunicación, de los casos que son susceptibles de acogerse a la terminación convencional.³⁸

36. Acuerdos de precios y condiciones comerciales (HIERROS ESPAÑA, CORRAL DE LAS FLAMENCAS, ALQUILER COCHES SIN CONDUCTOR); hechos consumados (recomendaciones en prensa: IIMPROVO).

37. ECOVIDRIO.

38. En este sentido, algunas autoridades de competencia de nuestro entorno (Comisión Europea, Reino Unido

Una segunda implicación importante del inicio de una terminación convencional para la CNC es el plazo.

A este respecto, la ausencia de plazos³⁹ (excepto los tres meses como máximo para la presentación de los primeros compromisos) establecidos legalmente para la tramitación de la terminación convencional puede tener consecuencias negativas y positivas al mismo tiempo. Por un lado, se otorga a las partes implicadas en las negociaciones (empresas imputadas, interesados y Dirección de Investigación) una mayor flexibilidad que les permite poder profundizar en el análisis y la negociación de los compromisos a presentar. Por otro, la Dirección de Investigación tiene el deber de intentar limitar los plazos lo más posible con el fin de que se restituyan cuanto antes las condiciones de competencia en el mercado y así garantizar el interés público.

Con este fin, la Dirección de Investigación, aun cuando sea la empresa o empresas imputadas las que han de ofrecer voluntariamente unos compromisos, debe propiciar y facilitar al máximo la posibilidad de que se produzcan reuniones e intercambios de información que ayuden a configurar los compromisos más adecuados para preservar la competencia efectiva. Debe asimismo intentar minimizar los posibles perjuicios a los intereses de la empresa en cuestión, reduciendo, al mismo tiempo, lo más posible el plazo de resolución final del expediente.

Además, en muchas ocasiones este tipo de reuniones se amplía a terceros, interesados en el expediente o no, que estén bien posicionados para aportar perspectiva a la viabilidad práctica de los compromisos presentados, ello además de la intervención formal, a través de la presentación de escritos de alegaciones o respuestas a requerimientos de información de la CNC.

En conclusión, este tipo de actuaciones entre la CNC, supuestos infractores y terceros afectados tiene como única finalidad buscar de forma práctica y realista la configuración de unos compromisos suficientes y viables para garantizar la preservación de la competencia efectiva, sin incurrir en una dilatación y entorpecimiento innecesario del plazo.

Pero la mayor implicación para la Dirección de Investigación, está sin duda en decidir si los compromisos son suficientes y procede elevar la propuesta al Consejo, o por el contrario, y agotados todos los medios posibles, los compromisos no solucionan los problemas de competencia y procede cerrar la terminación convencional y retomar el expediente sancionador.

El elemento primordial de toda terminación convencional es la configuración de unos compromisos que sean claros, efectivos y susceptibles de ser vigilados, que

o Francia) sí han clarificado cuándo no debe aplicarse de la terminación convencional, a través de diversos instrumentos.

39. Si se suspende el procedimiento sancionador no existen plazos para el procedimiento de terminación convencional; en caso contrario la terminación convencional queda limitada a los 18 meses desde la incoación del procedimiento sancionador.

sirvan para prevenir o compensar los perjuicios para la competencia que puedan derivarse de las conductas investigadas y que ante todo garanticen el interés público.

Estos compromisos pueden adoptar múltiples formas y configuraciones, que varían según las circunstancias de cada caso.

Hasta ahora, los más fáciles de implementar y vigilar han sido aquellos compromisos relativos a las supresiones o modificaciones de determinadas cláusulas de acuerdos, reglamentos, estatutos, etc., que, por su redacción, pueden dar lugar a restricciones no justificadas de la competencia,⁴⁰ y aquellos cuya finalidad es dar publicidad del contenido de la resolución que se adopte y ponga fin al procedimiento, no solo entre sus miembros, asociados, sino también entre posibles o potenciales afectados.⁴¹

Existen otra serie de compromisos, más complejos, que conllevan la asunción de determinadas obligaciones de comportamiento⁴² y el establecimiento de garantías sobre comportamientos futuros.⁴³ En estos casos, la principal problemática deriva en detallar suficientemente lo que puede y no puede hacer la empresa en cuestión, a fin de alcanzar un equilibrio para no restringir excesivamente su libertad de empresa, evitando a la vez que los compromisos sean lo suficientemente vagos, indeterminados o laxos como para no impedir los perjuicios a la competencia detectados que dieron lugar a la incoación del expediente sancionador.

En este tipo de compromisos de comportamiento, la configuración de un sistema de vigilancia efectivo por la autoridad de competencia es vital para asegurar la eficacia de la terminación convencional. Este sistema de vigilancia puede ser desde la imposición de obligaciones periódicas de entrega de información hasta el establecimiento de sistemas de resolución de conflictos (arbitraje, etc.) entre la empresa que ofrece los compromisos y terceros que buscan beneficiarse de los mismos a la hora de contratar con dicha empresa, por citar algunos.

En este ámbito, como apoyo a la labor de vigilancia que encomienda el Consejo a la Dirección de Investigación, cabe introducir la figura del supervisor⁴⁴ o auditor,⁴⁵ cuya función puede ser la de auditar la actividad de la empresa sujeta a los compromisos, supervisar el coste imputable a determinados servicios, elaborar informes periódicos sobre el cumplimiento, mediar en la resolución de disputas, etc., sin perjuicio de que cualquier decisión final sobre la vigilancia y la valoración del grado de cumplimiento de los compromisos le corresponda, en exclusiva, al

40. Los dos convenios, S/0127/09 PROCURADORES y S/0189/09 CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE APAREJADORES Y ARQUITECTOS TÉCNICOS, que coinciden además con los de plazos más cortos.

41. S/0189/09 CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS OFICIALES DE APAREJADORES Y ARQUITECTOS TÉCNICOS, S/0127/09 PROCURADORES, y S/2800/07 SIGNUS ECOVALOR.

42. S/2697/06 CEPESA, S/2800/07 SIGNUS ECOVALOR, S/0020/07 TRÍO PLUS.

43. S/0020/07 TRÍO PLUS.

44. S/2697/06 CEPESA.

45. S/2800/07 SIGNUS ECOVALOR.

Consejo de la CNC previo informe de la Dirección de Investigación.

En algunos casos, las autoridades de competencia de otros países de la UE han ido más allá, llegando incluso a establecer los precios máximos que se podían cobrar por determinados servicios. Un buen ejemplo es un caso francés, en el que en el marco de la terminación convencional, la autoridad de competencia fijó los precios que se aplicarían por la marca Citroën a los talleres independientes de reparación de automóviles.⁴⁶

Una última modalidad de compromisos, mucho menos habitual, y que en España no se ha utilizado hasta el momento, es la imposición de condiciones estructurales, que lleven a la desinversión de activos como único mecanismo para evitar la aparición de conductas anticompetitivas.

A este respecto, merecen especial mención las decisiones adoptadas en este sentido por parte de la CE en el caso de E.ON, obligando a esta empresa a desinvertir en su red eléctrica y en capacidad de generación;⁴⁷ o los casos franceses en los que se adoptaron compromisos cuasi-estructurales referentes a la reforma de la organización de las empresas de prensa diaria⁴⁸ y la creación por France Telecom de una oficina para la demanda de suministro de red telefónica,⁴⁹ respectivamente.

Algunas autoridades, como la italiana, han ido un paso más allá en materia de la terminación convencional, llegando a establecer compensaciones a terceros en el marco de los compromisos, como mecanismo para compensar los casos en los que ha existido un daño previo. Un ejemplo de ello es el caso TELE2/TELECOM-VODAFONE-WIND,⁵⁰ en el que se incluyó la compensación económica por los daños causados antes de la cesación de la conducta.

Otra de las implicaciones de la tramitación de la terminación convencional para la Dirección de Investigación es que el Consejo de la CNC acepte la propuesta de compromisos elevada, ya que es a él al que corresponde la decisión última.

En este sentido, uno de los principios básicos del derecho sancionador en España es la separación de las figuras de instrucción (que corresponde a la Dirección de Investigación) y de resolución (que corresponde al Consejo). Sin embargo, la normativa también prevé que el Consejo de la CNC debe tener conocimiento, tal y como se establece en el reglamento,⁵¹ de los compromisos formales aportados por el presunto infractor.

46. <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/07d31.pdf>

47. http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39389/39389_2761_1.pdf

48. <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/05d12.pdf>

49. <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/08d21.pdf>

50. http://www.agcm.it/agcm_ita/DSAP/DSAP_PI.NSF/6137395884a5789bc125739f003d0737/c8ed28a-578f507d7c1257544003c3ef1?OpenDocument

51. Artículo 39.2 del Reglamento aprobado por R.D. 261/2008:

Los presuntos infractores presentarán su propuesta de compromisos ante la Dirección de Investigación en el plazo que esta fije en el acuerdo de iniciación de la terminación convencional, que no podrá ser superior a tres meses. Dicha propuesta será trasladada al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia para su conocimiento.

Esta obligación de poner en conocimiento del Consejo los compromisos ha de interpretarse como una posibilidad abierta por el legislador a que el Consejo, aunque informalmente, pueda manifestar su opinión al órgano encargado de negociarlos, la Dirección de Investigación. Esto resulta especialmente relevante en aquellos casos en que se considerase no viable la vía de la terminación convencional del expediente. Al fin y al cabo, en todo caso es el Consejo el que en última instancia ha de decidir acerca de si los compromisos son suficientes o no o si es necesaria alguna modificación sobre los mismos, cuando recibe la propuesta de la Dirección de Investigación.

Así, informado el Consejo sobre los compromisos presentados, éste solo podría analizarlos, pero no se contempla la posibilidad de que inste a la Dirección a iniciar la terminación convencional. De este modo, se preserva también su independencia como órgano resolutorio, respecto de la Dirección de Investigación, como órgano instructor.

Una última implicación, y no por eso menos importante, es que al terminar el procedimiento de terminación convencional mediante Resolución del Consejo de la CNC, dicha resolución queda sometida a la vigilancia del cumplimiento de los compromisos que contiene por la Dirección de Investigación.

Ya se han apuntado en este mismo apartado algunos temas relacionados con la vigilancia del cumplimiento de las resoluciones del Consejo. Se añade ahora otro factor adicional relacionado con estas. De cara a una eficaz vigilancia, resulta importante dar publicidad a la resolución adoptada por el Consejo y los compromisos finalmente aceptados, de la forma más amplia y transparente posible, respetándose en todo caso los límites impuestos por el respeto a la confidencialidad de los datos que decida el propio Consejo, ya que, en la mayoría de las ocasiones, los mejor posicionados para presentar información sobre la aplicación efectiva de los compromisos son los terceros afectados por estos. Es por ello que resulta determinante que dichos terceros afectados dispongan de la máxima información posible sobre la existencia y alcance, temporal y material, de los compromisos de la terminación convencional.

Por último, terminaremos este apartado haciendo mención a las implicaciones que tiene para los interesados del expediente la tramitación del mismo vía terminación convencional.

Así, para el supuesto infractor y solicitante de la terminación convencional, es cierto que la presentación de compromisos no implica reconocimiento de culpa, sobre todo si estos se presentan antes de la formulación del Pliego de Concreción de Hechos por la Dirección de Investigación, pero sí implica comprometerse a suprimir determinados comportamientos o cláusulas, o a modificar su política comercial, sin que por ello dichas conductas hayan sido declaradas prohibidas por resolución del Consejo de la CNC ni hayan sido, en su caso, ratificadas por el contencioso-administrativo.

Por último, y por lo que respecta al denunciante de los hechos, la terminación convencional puede satisfacer todas sus expectativas y de manera más rápida y

eficaz, en cuyo caso, previsiblemente, no emprenderá ningún tipo de acción, ni recurrirá la resolución. Por el contrario si no se cumpliera alguna de sus expectativas intentará, primero vía alegaciones y, posteriormente, mediante la interposición de recurso contra la Resolución del Consejo, impedir que se dé por terminado el procedimiento que inició con su denuncia. No debe olvidarse, en relación con ello, que, debido a que por la vía de la terminación convencional no hay declaración formal de prácticas prohibidas por la LDC, la posible demanda por daños y perjuicios se verá dificultada.

5. CONCLUSIONES

La LDC, flexibilizando el procedimiento de terminación convencional, ha facilitado a la autoridad de defensa de la competencia española, la CNC, un instrumento de gran utilidad a la hora de finalizar determinados expedientes sancionadores.

Desde su entrada en vigor el 1 de septiembre de 2007, se han solicitado formalmente 24 inicios de terminación convencional, que la Dirección de Investigación ha denegado en 7 ocasiones al considerar que se trataba de conductas que ya habían causado efectos negativos irreversibles sobre la competencia, y por lo tanto daños que no podían ser compensados por los posibles compromisos susceptibles de ser presentados, ambos requisitos imprescindibles para proceder a iniciar el procedimiento de terminación convencional.

Las 17 solicitudes restantes han dado lugar a la apertura del procedimiento de terminación convencional correspondiente. A fecha de hoy, 8 han sido resueltas por el Consejo, todas ellas aceptando la propuesta de la Dirección de Investigación; 3 han sido cerradas por desistimiento (una de ellas por no haberse presentado los compromisos en tiempo y las otras dos por no ser considerados suficientes por la Dirección), mientras que las 7 restantes se encuentran en fase de tramitación.

La práctica de estos años indica que las dificultades son grandes y, sobre todo, diversas, ya que no existe una terminación igual que otra, sino tantos tipos como negociaciones se inicien. El abanico de posibles compromisos es casi infinito, dependiendo no solo de la conducta en sí, sino también de otras variables, como la peculiar configuración o el funcionamiento de un sector, los antecedentes comunitarios o de otras autoridades comunitarias en la implementación práctica de compromisos similares, e, incluso, pueden variar en función de factores subjetivos como la mejor o peor predisposición de la empresa imputada o de su conocimiento sobre el propio procedimiento. Por lo tanto, el tiempo y los recursos que tanto las empresas como la CNC deben dedicar a estas negociaciones es cada vez más importante, incrementándose a medida que los expedientes son más complejos de analizar y resulta más difícil o laborioso definir unos compromisos adecuados, proporcionados y susceptibles de ser eficazmente vigilados en su cumplimiento.

No obstante sus diferencias, algo que sí debe ser común a todas ellas es el objetivo que las guía: restablecer en el mínimo de plazo posible las condiciones de

competencia en el mercado afectado por la conducta objeto del expediente. Y esto lleva aparejado, indefectiblemente, el reducir al máximo el tiempo que se emplea en su tramitación para hacer de la terminación convencional una verdadera y eficaz herramienta. En este sentido la Dirección de Investigación tiene la firme intención de ser más exigente, no solo con los presuntos infractores sino, incluso, en sus propios plazos internos de valoración de los compromisos.⁵²

Con este mismo objetivo de agilizar al máximo el procedimiento y aunque la LDC permita formalmente la presentación de solicitudes de inicio de la terminación convencional hasta la elevación al Consejo del informe propuesta previsto en su artículo 50.4., por norma general el límite máximo que las empresas deberían tomar como referencia sería la fecha de finalización del plazo para presentar alegaciones al Pliego de Concreción de Hechos. Es ese sin duda un momento procesal óptimo para ello, ya que todos los implicados, imputados e interesados tendrán entonces conocimiento pleno de todos los hechos y la valoración que de los mismos hace la Dirección de Investigación, lo que debería servir de guía precisa para la elaboración y propuesta de compromisos adecuados. Todo esto con ánimo de facilitar la toma de decisiones y sin perjuicio de la posibilidad legal mencionada de solicitar el inicio de la terminación convencional desde el primer momento (incoación) hasta la elevación del informe propuesta al Consejo. No obstante, en cierto tipo de expedientes es posible decidir sobre el inicio de la terminación convencional casi inmediatamente después de su incoación, al existir soluciones sencillas y definitivas, susceptibles de ser plasmadas en compromisos eficaces, siempre que las partes imputadas estén dispuestas a ofrecerlos de forma voluntaria. En estos casos, que ya se han producido en la práctica, el ahorro de tiempo y de recursos para todos es, lógicamente, mucho mayor aún.

Con el desarrollo de esta práctica y casuística en la aplicación de la terminación convencional, el siguiente paso iniciado ya por la CNC, tal y como ha hecho público en su plan estratégico 2010-2012, será la redacción y publicación de una comunicación, que clarifique en la mayor medida posible aquellos puntos más imprecisos de la actual regulación del procedimiento de terminación convencional, la mayor parte de los cuales han sido comentados a lo largo de este artículo.

52. De media, en las 8 TC resueltas el plazo máximo que contempla la LDC para la resolución de expedientes sancionadores se ha visto reducido en 6 meses.

ANEXO I

**TABLA DE DIFERENCIAS ENTRE LEY 16/89
y LEY 15/07 EN TERMINACIÓN CONVENCIONAL**

	Ley 16/89	Ley 15/07
Solicitud inicio TC	Servicio/interesados	Supuesto infractor
Momento solicitud	Antes PCH	Antes informe con propuesta
Acuerdo inicio TC	Servicio	Dirección
Propuesta del acuerdo/ compromisos	Servicio/interesados	Supuesto infractor
Adopción acuerdo TC	Servicio y todos los interesados	Consejo mediante resolución
Trámites	Sin límite	1º y 2º compromisos
Plazo	Ninguno	Tres meses para 1º compromiso

ANEXO II

EXPEDIENTES FINALIZADOS POR TERMINACIÓN CONVENCIONAL DESDE LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LDC

Dejando al margen los tres acuerdos de terminación convencional suscritos bajo la Ley 16/89, a continuación se recoge una exposición sucinta de los ocho casos en los que la CNC ha finalizado un expediente sancionador mediante terminación convencional en aplicación de la Ley 15/2007.

Expediente 2697/06 CEPSA

El expediente trae causa de la denuncia presentada por la CONFEDERACIÓN ESPAÑOLA DE ESTACIONES DE SERVICIO (CEES), contra CEPSA ESTACIONES DE SERVICIO, S.A. (Cepsa) por la duración de los pactos de no competencia incluidos en los contratos de suministro en exclusiva suscritos con distintas estaciones de servicio, duración que no gozaría de la exención del Reglamento 2790/99 y que podría constituir una infracción de los artículos 1 de la LDC y 81 del TCE dadas las características del mercado en que se inscriben dichos contratos, expediente en el que posteriormente fueron declarados interesados varias estaciones de servicio.

El objetivo que perseguían los compromisos era el de liberar al mercado estaciones de servicio, fomentando así la competencia entre los diferentes operadores petrolíferos.

Fueron presentadas hasta tres versiones de compromisos sucesivas como resultado de las negociaciones, consecuencia también del papel activo de los otros interesados en el expediente.

Los compromisos finalmente aprobados pueden resumirse en:

- No volver a firmar contratos del tipo CODO-Superficie/Arriendo con duración indefinida o superior a 5 años.
- Otorgar a los nudos propietarios de las EESS incluidas en el ámbito subjetivo descrito con contratos del tipo CODO-Superficie/Arriendo de duración superior a 5 años una opción de rescate del derecho de superficie constituido a favor de Cepsa que será ejercitable a cambio de precio y en los términos previstos en la Propuesta de Compromisos, a partir de la adopción de los mismos hasta la fecha de su vencimiento, el 31 de diciembre de 2012.
- Informar periódicamente a la Dirección de Investigación de los rescates ejercitados a través de la figura independiente del verificador del proceso de compromisos.

Para la Dirección de Investigación estos compromisos garantizan de forma suficiente las condiciones necesarias para la eficacia práctica de los mismos y solucionan razonablemente el potencial efecto de cierre en el mercado de la distribu-

ción de combustibles y carburantes derivado de la duración actual de las exclusivas de suministro de los contratos investigados en el presente expediente.

La principal novedad de esta terminación convencional es la introducción de la figura del verificador, al que se garantiza la independencia para determinar precios de rescate o resolver conflictos del proceso, todo ello con independencia de que la vigilancia del cumplimiento de los compromisos es únicamente función de la Dirección de Investigación, que cuenta en la figura del verificador con una gran ayuda.

Es también de destacar el límite de vigencia de los compromisos, concretamente hasta el 31 de diciembre de 2012, sin perjuicio del derecho a concluir el proceso de adquisición de quienes hubieren ejercitado el derecho de opción de rescate con anterioridad a dicha fecha. Llegado el 31 de diciembre de 2012, los compromisos quedarán extinguidos y los instrumentos contractuales en vigor seguirán produciendo sus efectos propios, sin perjuicio del ejercicio de las acciones que pudieran corresponder a cualesquiera sujetos interesados ante los Tribunales de Justicia.

Es la única Resolución de Terminación convencional, de las siete aprobadas bajo el marco de la Ley 15/07 que ha sido objeto de tres recursos, de tres de sus denunciantes, de los que solo uno ha sido resuelto por sentencia, no firme, de la audiencia desestimándolo.

Expediente S/0020/07 TRIO PLUS

Expediente iniciado de oficio por la Dirección de Investigación al conocer los acuerdos suscritos, por un lado, por SOGECABLE con TELEFÓNICA para la adquisición conjunta de contenidos para televisión de pago y comercialización conjunta de un *triple play* (teléfono fijo+banda ancha de TELEFÓNICA y televisión de pago de SOGECABLE), y, por otro, posteriormente, por SOGECABLE con ORANGE para la comercialización conjunta de un *triple play* (teléfono fijo+banda ancha de ORANGE y televisión de pago de SOGECABLE) y con VODAFONE para la comercialización conjunta de un *triple play* (teléfono fijo+banda ancha de VODAFONE y televisión de pago de SOGECABLE).

Estos acuerdos, en opinión de la Dirección de Investigación, podían tener efectos restrictivos de la competencia en el mercado de la televisión de pago, al reducir la capacidad de incentivo de TELEFÓNICA y ORANGE a competir en este mercado con SOGECABLE, y al desincentivar la entrada de VODAFONE en el mismo.

La terminación convencional se centró en la modificación de los acuerdos, mediante la eliminación de las cláusulas de adquisición conjunta de contenidos en el acuerdo entre TELEFÓNICA y SOGECABLE, y la eliminación y modificación de ciertas cláusulas de los acuerdos de comercialización conjunta firmados, a fin de eliminar algunas de las posibles restricciones a la capacidad de las partes para fijar de forma autónoma sus precios y la remuneración de sus redes de ventas.

El Consejo de la CNC aprueba los compromisos y somete a la autorización,

por la Dirección de Investigación, de la redacción final de los contratos (condición *sine qua non*), así como la reserva de su seguimiento y cumplimiento «*nunca sujeta al discernimiento de las partes*».

Expediente S/0076/08 CONVENIO CONTACT CENTER

La Dirección de Investigación decide iniciar de oficio expediente sancionador contra la asociación empresarial ACE (Asociación de Contact Center Española) y las organizaciones sindicales COMFIA-CCOO (Federación de Servicios Administrativos y Financieros de Comisiones Obreras) y FES-UGT (Federación de Servicios de la Unión General de Trabajadores) por haber encontrado indicios racionales de la comisión de una infracción del artículo 1.1.a) de la LDC, consistente en incluir el artículo 55 del convenio que acuerda la fijación de forma directa o indirecta de precios en los mercados de los variados servicios de *contact center*, regulando el beneficio empresarial y produciendo efectos distorsionadores de la competencia en precios.

El Consejo de la CNC, de acuerdo con la Dirección de Investigación, considera que los compromisos propuestos por las partes son suficientes para garantizar el interés público por cuanto, con la supresión del artículo 55 del convenio, se elimina la cláusula anticompetitiva y se resuelven los efectos negativos sobre la competencia, evitando la reiteración de la conducta en convenios futuros al obligarse a abstenerse de suscribir cláusulas que resulten sustancialmente equivalentes o idénticas a dicho artículo.

Lo anterior viene asegurado por cuanto se obligan las partes a comunicar a sus asociados el contenido del ATC, así como junto con el compromiso indicar a las autoridades laborales, en el momento de la presentación de los convenios para su registro y publicación, que tales convenios no contienen ninguna cláusula contraria a la LDC, debiendo remitir a la Dirección de Investigación copia de la derogación del artículo 55 del convenio actualmente en vigor, de su solicitud de registro y de su publicación en el BOE, así como de los convenios posteriores que lo sustituyan.

Expediente S/0077/08 CONVENIO DE SEGURIDAD

En un caso parecido al anterior, la Dirección de Investigación decide iniciar expediente de oficio contra APROSER (Asociación Profesional de Compañías Privadas de Servicios de Seguridad de España), FES (Federación Empresarial Española de Seguridad), AMPES (Asociación de Medios, Profesionales y Empresas de Seguridad) y ACAES (Asociación Catalana de Empresas de Seguridad) y las organizaciones sindicales UGT (Unión General de Trabajadores) y USO (Unión Sindical Obrera) por haber encontrado indicios racionales de la comisión de una infracción del artículo 1.1.a) de la LDC, consistente en incluir el artículo 74 del convenio de empresas de seguridad que acuerda la fijación de forma directa o indirecta de precios.

El Consejo de la CNC, a propuesta de la Dirección de Investigación, aprueba

los compromisos por considerarlos suficientes, quedando obligadas a su cumplimiento todas las partes que han suscrito el convenio actual, tanto en lo que se refiere a la inaplicación del artículo 74 del convenio actualmente vigente como en lo que se refiere a los convenios que suscriban en el futuro, en cuanto responsables de los efectos económicos que generaría la aplicación de los mismos.

Para garantizar el cumplimiento de los compromisos, se obliga a las partes a comunicar a sus asociados el contenido del acuerdo de terminación convencional y a comunicar a las autoridades laborales, en el momento de la presentación de los convenios para su registro y publicación, que tales convenios no contienen ninguna cláusula contraria a la LDC.

Al objeto de facilitar las funciones de vigilancia del cumplimiento de los compromisos, las partes remitirán a la Dirección de Investigación de la CNC copia de la publicación en el BOE del acuerdo de declaración de inaplicación del artículo 74 del convenio vigente, así como de los convenios posteriores que lo sustituyan.

Expediente 2800/07 SIGNUS ECOVALOR Y FABRICANTES NEUMÁTICOS

El expediente se inicia por el escrito de denuncia de la Asociación Nacional de Importadores de Neumáticos (ASIMNE), contra NEUMÁTICOS MICHELÍN, S.A., GOODYEAR DUNLOP TIRES ESPAÑA, S.A., PIRELLI NEUMÁTICOS, S.A., BRIDGESTONE HISPANIA, S.A., CONTINENTAL TIRES ESPAÑA, S.L., y SIGNUS ECOVALOR, S.L. (Sistemas Integrados de Gestión [SIG] de neumáticos fuera de uso), por supuestas conductas prohibidas por la Ley 16/1989, de 17 de julio, consistentes en la aplicación de condiciones desiguales para prestaciones equivalentes y la imposición de precios u otras condiciones comerciales o de servicios no equitativos, al: i) limitar la cuota de recogida de neumáticos a las empresas no asociadas, ii) fijar un canon único y uniforme de gestión, iii) los generadores o poseedores que comprenden neumáticos en España para reventa en el mercado nacional, aunque quieran gestionar los neumáticos fuera de uso (NFU) directamente, tienen que pagar el canon de gestión a los productores y este canon no se les devuelve, y iv) en caso de devolución del canon por reexportación, se retiene una cantidad menor a las empresas adheridas a SIGNUS que a las que no lo están.

En este caso los compromisos se refieren únicamente a una de las conductas denunciadas, concretamente al procedimiento de devolución de las tarifas correspondientes a neumáticos expedidos al extranjero, tras su primera puesta en el mercado español, ya que, respecto al resto de las conductas denunciadas, la Dirección de Investigación considera que no constituyen prácticas prohibidas y, por lo tanto, no procede la presentación de compromisos sobre las mismas.

En la terminación convencional, SIGNUS asume el compromiso de que la información y documentación necesaria para acreditar la declaración del solicitante de la devolución en ningún caso sea entregada por el solicitante a SIGNUS, sino a un tercero independiente que será el encargado de la comprobación de estos

datos, de tal forma que quede plenamente garantizada la confidencialidad y estanqueidad de la información aportada.

En el caso de que el solicitante de la devolución opte por la comprobación de los datos a través del tercero contratado por SIGNUS, el descuento en concepto de costes de gestión se corresponderá, estrictamente, con la repercusión del coste de la referida comprobación, de tal forma que su cuantía se revisará en función de dicho coste.

Además, SIGNUS procederá a la devolución de las cantidades solicitadas en el plazo de un mes, contado a partir de la fecha de la presentación de la solicitud y de la documentación acreditativa necesaria par la comprobación

Para garantizar el cumplimiento de los compromisos y permitir su vigilancia por parte de la Dirección de Investigación, SIGNUS comunicará el contenido del acuerdo de terminación convencional a todos los potenciales solicitantes de devoluciones por reexpedición de neumáticos al extranjero.

Con este ATC se evitan discriminaciones entre asociados y no asociados de SIGNUS, al tiempo que pretende impedir que SIGNUS se convierta en un foro de intercambio ilícito de información que pueda afectar a la competencia en los mercados de fabricación y reciclaje de neumáticos.

Expediente S/0127/09 PROCURADORES

El expediente se inicia por la Dirección de Investigación como consecuencia de la denuncia de un procurador contra el Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España por la realización de una conducta prohibida por el artículo 1 de la LDC, consistente en condicionar la sustitución de procuradores a la previa satisfacción de los suplidos y derechos devengados al tiempo de la sustitución.

La Dirección de Investigación considera que la simple supresión de este régimen de sustitución en el actual Estatuto General, junto con el compromiso de no incluirlo en el proyecto del nuevo Estatuto General en tramitación, resuelven los efectos sobre la competencia de una manera rápida y eficaz al restituir de manera inmediata las condiciones de competencia y quedando, por lo tanto, suficientemente garantizado el interés público.

El Consejo de la CNC, además y a los efectos de dar la publicidad necesaria, considera adecuado imponer al Consejo General de Procuradores de los Tribunales de España que comunique su Resolución de Terminación Convencional a todos sus colegios territoriales de procuradores miembros para que, a su vez, cada uno de ellos lo haga llegar a sus colegiados.

Expediente S/0189/09 CONSEJO GENERAL DE COLEGIOS PROFESIONALES DE APAREJADORES Y ARQUITECTOS TÉCNICOS

Este expediente se inicia de oficio por la Dirección de Investigación contra el Consejo General de Colegios Oficiales de Aparejadores y Arquitectos Técnicos por recomendar un modelo de Reglamento de Registro Colegial de Sociedades Profesionales a los colegios miembros que podría obstaculizar de forma injustificada la

prestación de servicio por las sociedades profesionales, al exigirles requisitos excesivos y discriminatorios respecto de los exigidos a los profesionales individuales.

En este caso de las reformas propuestas en los compromisos, algunas de ellas van encaminadas a adecuar el Reglamento a la normativa sobre el libre acceso a las actividades de servicios y libre prestación de servicios y otras, por lo que interesa a la CNC, a eliminar las restricciones de la competencia que llevaron a la incoación del expediente.

Con los compromisos propuestos se eliminan las barreras y discriminaciones de las sociedades profesionales frente a los profesionales individuales contenidas en los reglamentos, lo que posibilita una mayor competencia entre los mismos a la hora de ofrecer sus servicios y se da la publicidad necesaria al obligar al Consejo a que traslade la resolución a los Colegios al objeto de que, a su vez, se les haga llegar a los respectivos colegiados.

Expediente S/0162/09 SEMILLAS DE GIRASOL

Este expediente se inicia de oficio por la Dirección de Investigación por traslado de la autoridad de competencia de Castilla-La Mancha, al considerarse que podía ser anticompetitiva la conducta consistente en la vinculación, mediante contrato, de la recogida de la semilla de girasol destinada a su transformación en aceite para usos energéticos a la previa adquisición de la semilla de siembra.

Los contratos objeto del expedientes fueron los realizados por Aceites del Sur (en Castilla-La Mancha y Castilla y León) y por SOS (en Andalucía, Castilla-La Mancha y Castilla y León).

Las dos empresas implicadas presentaron conjuntamente compromisos con la solicitud de inicio de TC.

ACESUR y SOS se comprometieron a abstenerse en el futuro de incluir cláusulas de vinculación, no solo a la semilla de siembra, sino también a la venta de cosecha de siembra, así como a no exigir el cumplimiento de la cláusula en vigor de vinculación respecto de los contratos para el cultivo y venta de girasol energético. Todos los interesados en el expediente mostraron su conformidad con estos compromisos.

LEGITIMACIÓN ACTIVA DE LA CNC PARA EL EJERCICIO DE ACCIONES JURISDICCIONALES: OBJETO, MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN Y PRETENSIONES EJERCITABLES

ALFREDO GONZÁLEZ-PANIZO TAMARGO

Abogado del Estado

Secretario del Consejo¹

Comisión Nacional de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

En fechas recientes, la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante CNC) ha empleado por primera vez el instrumento impugnatorio previsto por el artículo 12.3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC). En concreto, ha procedido a interponer, por acuerdo del Consejo, sendos recursos contencioso-administrativos contra dos actuaciones administrativas, una disposición de carácter general y una resolución, dictados por dos Administraciones públicas autonómicas, al entender que de tales actuaciones se derivan claros obstáculos al mantenimiento efectivo de la competencia en determinados mercados.

Con ocasión de estas actuaciones, y, especialmente, atendiendo a la novedad y a las dificultades derivadas de la utilización de un instrumento que, en el ámbito contencioso-administrativo, resulta de todo punto de vista novedoso, tanto en el planteamiento como en su extensión y límites, todavía por perfilar por los Tribunales de Justicia, se ha considerado conveniente realizar una reflexión sobre el encaje que la denominada «legitimación activa» de la CNC tiene en las reglas generales de impugnación de la actividad de las Administraciones públicas y qué matices exige su correcta aplicación.

1. Las opiniones vertidas en el presente artículo se realizan a título personal y no deben de identificarse en ningún caso como opinión del Consejo ni de la Comisión Nacional de la Competencia.

Desde esta perspectiva, se va a propugnar una interpretación amplia del artículo 12.3 de la LDC, que consideramos es la más acorde con el espíritu y finalidad perseguidos por el legislador. Ello es así en la medida en que entendemos que el reconocimiento expreso efectuado por la normativa de defensa de la competencia tiene necesariamente que significar la atribución a la CNC de un ámbito exclusivo de actuación que, excediendo del general reconocido a toda Administración pública por los artículos 19 y 20 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en adelante, LJCA), le permite impugnar toda actividad administrativa que genere restricciones u obstáculos a la libre competencia.

En concreto, tres son las cuestiones que van a ser objeto de análisis para justificar la afirmación efectuada en el párrafo precedente: (i) qué tipo de actuaciones administrativas son impugnables a través de este cauce, (ii) qué concretos motivos de impugnación pueden ser empleados por las autoridades de defensa de la competencia al impugnarlas y (iii) por último, qué tipo de pretensiones pueden ser ejercitadas por la CNC al recurrir ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa una concreta actuación de la Administración.

2. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IMPUGNABLE POR LA CNC

La Ley de Defensa de la Competencia ha puesto a disposición de la CNC diversos instrumentos para supervisar la actividad de las Administraciones públicas. Ello es así en la medida en que el legislador ha considerado que éstas, tanto cuando actúan como operadores económicos como cuando lo hacen como reguladores de la actividad económica, pueden afectar o condicionar con sus decisiones la libre competencia en los mercados y que la CNC, en ejercicio de sus competencias, debe velar por que éstas cumplan los fines públicos que tienen encomendados sin ocasionar distorsiones en el libre funcionamiento del mercado.

Así, cuando una Administración pública actúa como operador económico e incurre en vulneración de los artículos 1 a 3 de la LDC, se encuentra sometida al ejercicio de la potestad sancionadora. Este criterio ha sido mantenido de forma constante por la CNC (y el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia)² y confirmado tanto por Audiencia Nacional como por el Tribunal Supremo.³

Por el contrario, cuando una Administración pública actúa en ejercicio de potestades públicas, es decir, revestida de *ius imperii*, el carácter anticompetitivo

2. Entre otras muchas las Resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia de 7 de mayo de 2008 (expte. 632/07, *Feriantes Ayuntamiento de Peralta*) y de 14 de abril de 2009 (expte. 639/08, *Farmacéuticos de Castilla-La Mancha*).

3. Por todas la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2010, que confirma la resolución del TDC de 21 de junio de 2003 (expte. 562/2003, *Colegio Notarial Bilbao*).

de su actividad no puede ser objeto de sanción,⁴ correspondiendo su análisis y revisión a los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

La diferencia entre una y otra forma de supervisión de la actividad administrativa radica en que, cuando nos encontramos ante una actuación derivada del ejercicio de una potestad pública, la CNC no puede ejercitar directamente su potestad sancionadora, como manifestación del principio de autotutela administrativa, es decir, carece de facultades juzgadoras para modificar o someter a su criterio dicha actividad, siendo necesario acudir ante los Tribunales para que, en ejercicio de las competencias que tienen constitucionalmente atribuidas,⁵ revisen su conformidad o no al ordenamiento jurídico.

Tanto en el caso de ejercicio de la potestad sancionadora como en el de la impugnación en sede jurisdiccional, el control que puede ejercer la CNC tiene como límite aquellas actuaciones que la Administración realice al amparo de una ley que establezca restricciones a la competencia, de suerte que cuando exista amparo legal dicha actuación es, salvo determinadas excepciones a las que posteriormente nos referiremos, inatacable.

Por último, la labor de supervisión de la actuación de las Administraciones públicas se completa con la función de promoción de la competencia, como instrumento de fomento de un entorno competitivo para el desarrollo de las actividades económicas a través de la detección de situaciones de restricción de la competencia y de la propuesta de mecanismos para su remoción o adaptación y que, como tal, debe ser en la mayoría de los casos el antecedente necesario del ejercicio de legitimación activa. Además, constituye el único cauce a través del cual la CNC puede analizar, atendiendo a su impacto sobre la competencia, la actividad legislativa del Estado y, en su caso, comunidades autónomas.

Centrándonos en la fiscalización de la actuación de las Administraciones públicas en el ejercicio de potestades administrativas, el artículo 12.3 de la LDC dispone que «La Comisión Nacional de la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados».

Para una adecuada delimitación del concepto actividad administrativa impugnable por la CNC, resulta imprescindible determinar, por un lado, qué debe entenderse por Administración pública y, por otro, qué actuaciones realizadas por ésta pueden ser objeto de recurso ante los órganos del Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo en materia de competencia.

4. Resolución de 20 de noviembre de 2008 (expte. S/0083/08, *Comunidad Autónoma de Aragón*).

5. Artículo 105 de la Constitución Española.

2.1. CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA PARA LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 12.3 DE LA LDC

En la medida en que el ejercicio por la CNC de la acción para la que le legitima el artículo 12.3 debe realizarse ante un orden jurisdiccional concreto, el Contencioso-Administrativo, las previsiones de la LDC relativas a su extensión y contenido deben interpretarse de conformidad con la normativa reguladora de dicha jurisdicción, si bien en los términos y con los matices que, atendidos los fines perseguidos por la CNC, se apuntarán posteriormente.

a) Administración pública en sentido estricto

Partiendo la apreciación precedente, no albergamos la menor duda de que el concepto de Administración pública a que hace referencia la LDC debe determinarse atendiendo a lo establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En concreto, el apartado segundo de su artículo 1, coincidiendo con el artículo 2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, define como Administración pública a la Administración General del Estado, a las Administraciones autonómicas, a las entidades integrantes de la Administración local y a las entidades de derecho público integrantes o vinculadas a cualquiera de ellas.

Es decir, debe considerarse como Administración pública tanto las Administraciones territoriales como la Administración institucional de base fundacional. De esta última, integrada por organizaciones de bienes creadas por una o varias personas para la consecución de un fin público determinado, forman parte los organismos autónomos, entidades públicas empresariales y otra serie de organismos previstos en las disposiciones adicionales sexta y octava a undécima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante LOFAGE).

El hecho de que la CNC pueda impugnar la actividad de cualesquiera órganos u organismos de la Administración General del Estado constituye una clara manifestación de su independencia y revela la más que clara voluntad del legislador de acentuar el papel de la CNC como supervisor imparcial de la adecuación de la actividad de toda Administración, incluida aquélla de la que forma parte, al Derecho de la Competencia ya que, con sus decisiones, puede condicionar la actividad de los operadores económicos.

Respecto al control de la actividad de las Administraciones autonómicas, una de las cuestiones que mayor interés puede suscitar es determinar si la CNC puede impugnar los actos y resoluciones dictados por otras autoridades de competencia. Una interpretación conjunta de los artículos 12.3 de la LDC y 5.3 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, no deja

lugar a dudas al respecto cuando se impone a las autoridades autonómicas la obligación de comunicar a la CNC (y no al contrario) los acuerdos y resoluciones adoptados, tanto en la fase de instrucción como de resolución, con el fin de que ésta pueda ejercer, en su caso, los recursos procedentes. Dentro de estos recursos, se encuentra el contencioso-administrativo siempre que concurren los requisitos que permiten el acceso a la jurisdicción.

Esta previsión cobra pleno sentido desde el momento en que, conforme al artículo 26 de la LDC, corresponde a la CNC velar por la **aplicación coherente** de la normativa de la competencia en todo el territorio nacional. Siendo ello así, todo pronunciamiento efectuado por una autoridad autonómica que entrara en manifiesta contradicción con lo que constituye o la Comisión considera correcta interpretación del Derecho de la Competencia le otorgaría la legitimación necesaria para acudir ante el Orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo en defensa de los más que relevantes intereses públicos en juego. No se debe olvidar que este tipo de decisiones pueden afectar la unidad del mercado nacional y, en la medida en que sean contradictorias, ocasionar efectos perjudiciales tanto para dichos intereses como para la correcta aplicación de la normativa de defensa de la competencia por los operadores económicos sometidos al control de las autoridades de competencia.

En cualquier caso, debe hacerse notar que este cauce se considera absolutamente excepcional y, de hecho, a día de hoy todavía no se ha hecho uso del mismo por parte de la CNC dada la sintonía existente con las autoridades autonómicas en la interpretación de derecho de la competencia y el indudable esfuerzo común por conseguir cierta uniformidad en su aplicación.

Es más, incluso en el caso de ejercitarse, la LJCA atribuye a la Administración que va a ser demandada un cauce para evitar la interposición del recurso contencioso-administrativo, como es el requerimiento previo previsto por el artículo 44 de la LJCA. A través del mismo, que, aunque potestativo, debe ser siempre empleado por la CNC como manifestación de cortesía institucional, gesto de buena voluntad si se prefiere, se permite que la Administración que realiza la actuación controvertida pueda proceder a su revisión de oficio, si es nula, o a declararla lesiva, y luego impugnarla, si es anulable, a efectos de subsanar las distorsiones sobre la competencia por aquélla generados.

Otra cuestión de interés, respecto al control de la actividad autonómica, es si la CNC puede impugnar actos para los que las autoridades autonómicas gozan de legitimación conforme al artículo 13.2 de la LDC. Dado que el artículo 12.3 alude, sin distinción ni excepción de ningún tipo, a cualquier Administración pública, es indiscutible que la CNC puede impugnar todo tipo de actuaciones administrativas con independencia de la autoridad de la que emanen y del ámbito territorial de competencia de ésta, sin que ello suponga menoscabo alguno del instrumento del que han sido dotados también los órganos autonómicos.

Debe hacerse notar, en este sentido, que la práctica de la CNC en los recursos hasta ahora interpuestos es poner en conocimiento de la autoridad autonómica el

ejercicio de la legitimación activa a efectos de que, si lo considera oportuno, pueda impugnar ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el acto de que se trate.

Por último, y en lo que a la impugnación de la actividad de la Administración institucional se refiere, se ha discutido la posibilidad de recurrir en vía contencioso-administrativa la actuación de los organismos reguladores sectoriales, en la medida en que entre la regulación *ex ante* de un determinado sector y su supervisión *ex post* puedan existir divergencias. El principio de lealtad institucional en la relación entre Administraciones públicas que, con carácter general, se enuncia en el artículo 4 de la Ley 30/1992 y que concreta el artículo 17 de la LDC como deber de cooperación en asuntos de interés común, así como la existencia de mecanismos específicos para la resolución de los conflictos de atribuciones tanto entre órganos del mismo o distinto departamento ministerial, los previstos por la Disposición Adicional Decimocuarta de la LOFAGE, parecen hacer innecesario, en principio, acudir a un cauce tan extremo como su impugnación en sede jurisdiccional.

b) Actividad administrativa de órganos públicos no administrativos

Además de la actividad de las Administraciones públicas en sentido estricto, la LJCA permite la impugnación de otra serie de actuaciones que tienen materialmente carácter administrativo a pesar de que no proceden de órganos administrativos. Continuando con la interpretación que se propugna del artículo 12.3 de la LDC, consideramos que está totalmente justificado que la CNC pueda impugnar parte de ellas por ser susceptibles de generar efectos anticompetitivos en los mercados.

En principio, no parece que la actividad administrativa a que hace referencia el artículo 1.2 de la LJCA, es decir, la emanada de los denominados órganos constitucionales, del Poder Judicial o de la Administración electoral, pueda generar efectos de algún tipo sobre la competencia, por lo que no parece que vaya a entrar dentro del ámbito impugnatorio del que surge la legitimación de la CNC.

Tampoco parece probable que se recurran actos políticos, es decir, las decisiones adoptadas por el Gobierno no como Administración sino como órgano constitucional, siendo ello así porque los elementos controlables a que hace referencia el artículo 2 a) de la LJCA, basados en la vulneración de derechos fundamentales y elementos reglados, no tienen por qué incidir en la competencia. Y lo mismo cabe decir de la actividad de los denominados vicarios de la Administración, como es el caso de los contratistas o concesionarios de un determinado servicio público, cuyas actuaciones están sometidas, en principio y de existir alguna incidencia sobre la competencia, a los artículos 1 a 3 de la LDC.

Respecto a las corporaciones de derecho público, al margen de la discusión general sobre la naturaleza de este tipo de entes, lo cierto es que el artículo 2 c) de la LJCA, al permitir la impugnación de «Los actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de funciones públicas»,

parece atribuir a aquéllas la consideración de Administraciones públicas cuando ejercitan potestades administrativas.

De ser así, el control que la CNC pudiera ejercer respecto a la actuación de estos entes de base asociativa, de las que son manifestación, entre otros, los colegios profesionales o las cámaras de comercio, no se limitaría a los actos realizados como operadores económicos y que, por lo tanto, tengan trascendencia económica, sino que se extendería también a su actuación como Administración pública en tanto que puedan obstaculizar de algún modo la competencia en el mercado de que se trate.

2.2. TIPOS DE ACTUACIONES IMPUGNABLES

Si nos atenemos al tenor literal del artículo 12.3 de la LDC, únicamente pueden ser impugnados por la CNC los actos administrativos y disposiciones de carácter general, quedando excluidas otras actuaciones de las Administraciones públicas que, con arreglo a nuestra ley procesal administrativa, sí pueden ser objeto de recurso contencioso-administrativo.

Esta interpretación, ciertamente restrictiva, no encaja ni con la finalidad que debe perseguir el citado precepto ni con las competencias que, respecto a la actividad de las Administraciones públicas, ostenta la CNC conforme a su normativa reguladora, como se razonará a continuación.

a) Actos administrativos

Conforme al artículo 25 LJCA, pueden ser objeto de impugnación en vía jurisdiccional los actos de la Administración pública que pongan fin a la vía administrativa, es decir, al procedimiento, ya sean definitivos o de trámite, siempre que en este último caso concurren determinados requisitos.

Lo usual será que la CNC impugne actos definitivos, los previstos por la disposición adicional decimoquinta de la LOFAGE y artículo 109 de la LRJAP-PAC, que son los que suelen tener un mayor potencial para generar algún tipo de distorsión en la competencia en un mercado. Así, la resolución por la que se prorrogue una concesión o la celebración de un convenio cuando por disposición legal debiera haberse adoptado la forma de un contrato, son actos que pueden generar directamente efectos anticompetitivos, y no las actuaciones de trámite que les preceden.

Mayor dificultad puede conllevar, con carácter general, la impugnación de actos de trámite. A pesar de que la LJCA permite que sean recurribles si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable, lo cierto es que, desde la perspectiva de la competencia, pocas actuaciones de esta naturaleza pueden generar *per se* obstáculos que justifiquen su impugnación por la CNC.

Piénsese en este sentido que la omisión de un trámite de audiencia, la falta de práctica de una prueba o de un informe preceptivo o la denegación de la condición de interesado pueden ser defectos de procedimiento que normalmente afectan a cuestiones de legalidad ordinaria o, en ocasiones, a derechos fundamentales, pero que carecen de incidencia desde la perspectiva del Derecho de la Competencia. Es el acto que pone fin al procedimiento el que, como se acaba de apuntar, tiene mayor capacidad de generar efectos no deseados en un determinado mercado.

Como excepción, se encuentran los denominados actos de trámite cualificados, y más en concreto, aquéllos que forman parte de procedimientos complejos, normalmente integrados por varias fases, en los que los actos finalizadores de cada una de ellas gozan de la suficiente entidad como para ser objeto de impugnación autónoma en la medida en que pueden condicionar las decisiones que se adopten en fases posteriores o incluso la resolución definitiva. Uno de estos casos podría ser, por ejemplo, el acto de aprobación del pliego de cláusulas administrativas particulares, que, formando parte del procedimiento de adjudicación de un contrato, se configura como un elemento regulador de la competencia en el acceso a las licitaciones públicas, de suerte que los criterios en él establecidos pueden ser determinantes para excluir a determinados agentes económicos o para determinar la adjudicación del contrato a uno en concreto.

b) Disposiciones de carácter general

Pocas dudas pueden albergarse respecto a la impugnabilidad por la CNC de las denominadas disposiciones de carácter general, es decir, normas de rango reglamentario, al referirse a ellas expresamente el artículo 12.3 de la LDC. De hecho, dado que este tipo de normas jurídicas se caracteriza por su ánimo de permanencia en el ordenamiento jurídico y por desplegar sus efectos respecto a una pluralidad indeterminada de administrados, es decir, por ser las que por vigencia y extensión pueden resultar potencialmente más dañinas para la competencia, es probable que sean las actuaciones que con mayor frecuencia sean objeto de impugnación por la CNC.

Son numerosos los ejemplos de normas reglamentarias, algunos de ellos expuestos en el informe de la CNC sobre «Recomendaciones a las Administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia», que por establecer cargas innecesarias o impedir injustificadamente el acceso a un determinado mercado por parte de algunos operadores, pueden ocasionar restricciones a la competencia revisables en vía contencioso-administrativa.

Desde un punto de vista procesal, es singularidad propia de las disposiciones de carácter general que, al amparo del artículo 26 de la LJCA, la CNC puede proceder a su impugnación de forma directa, es decir, interponiendo recurso contencioso-administrativo contra las mismas, o de forma indirecta, recurriendo sus concretos actos de aplicación con base en que la disposición de que se trate es disconforme a derecho por generar obstáculos a la competencia.

En este segundo supuesto, que constituye una vía para impugnar reglamentos con posterioridad al transcurso del plazo de dos meses previsto por artículo 46 de la LCJA, si el órgano judicial competente para conocer del recurso contra el acto de aplicación lo fuera también para hacerlo del interpuesto contra la disposición en que se funda, podrá pronunciarse sobre la legalidad de la norma indirectamente impugnada. Por el contrario, en el caso de no serlo deberá plantear la cuestión de ilegalidad a que hace referencia el artículo 27 de la LJCA ante el Tribunal competente para conocer del recurso contra la disposición en cuestión.

Lo que no resulta posible al impugnar este tipo de normas es que la CNC solicite de los órganos jurisdiccionales que estos establezcan, mediante sentencia, la forma en que han de quedar redactados los preceptos que se vayan a dictar en sustitución de los que anulen, por prohibirlo expresamente el artículo 71 de la LJCA.

c) Otra actividad impugnabile

Como se ha expuesto previamente, un examen de las competencias atribuidas por la LDC a la Comisión Nacional de la Competencia en sus artículos 24 a 26 revela la clara voluntad del legislador de permitir a ésta supervisar y promover adecuadamente que el cumplimiento de los fines propios de toda Administración pública se haga, salvo cuando la ley lo permita, sin ocasionar interferencias en la libre competencia en los mercados.

Desde esta perspectiva, una interpretación integradora del artículo 12.3 de la LDC nos conduce a concluir que la legitimación en él regulada pueda ser ejercitada no sólo respecto a los actos y disposiciones de carácter general, sino que también se debe extender al resto de actividad administrativa que, conforme a la LJCA, puede ser objeto de recurso ante los Tribunales, siendo ello así en tanto que tales actuaciones pueden incidir negativamente en el mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados y no existe ningún tipo de justificación que permita sostener lo contrario.

Dicho de otro modo, no parece razonable mantener que el legislador haya otorgado a la CNC una competencia exclusiva en materia de control jurisdiccional de actividad administrativa que genere obstáculos a la libre competencia para luego excluir de su ámbito de impugnación a actuaciones que pueden ser tanto o más dañinas que las descritas por la LDC. Por el contrario, la explicación lógica a la redacción del artículo 12.3 es que, siendo suficientemente extensa y detallada la regulación de la actividad impugnabile contenida en la LJCA, basta con que las referencias que se puedan contener a la materia en las leyes especiales se realice de forma más genérica.

Comenzando por la inactividad a que hace referencia el artículo 25.2 de la LJCA, nos encontramos ante ésta cuando una Administración pública no realice una determinada prestación a favor de uno o varios administrados a la que está obligada en virtud de un determinado título jurídico, ya sea una disposición gene-

ral que no requiera actos de aplicación o un acto, convenio o contrato. Sin perjuicio de las dificultades que existen para que este tipo puedan objetivamente afectar a la competencia, si así sucediese es indiscutible la legitimación de la CNC para, en primer lugar, intimar a la Administración incumplidora a realizar la prestación que, por su parte, le incumbe y, en caso contrario, proceder a recurrirla ante el órgano competente de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Es cierto que la Jurisprudencia⁶ exige que lo lesionado por esta inactividad deba de ser necesariamente un derecho del recurrente a obtener una prestación por parte de la Administración y que, desde esta perspectiva, pudiera parecer que la legitimación para proceder a su impugnación queda limitada al lesionado. No obstante, debe entenderse que el reconocimiento efectuado por el artículo 12.3 de la LDC a favor de la CNC implica que en toda actuación de una Administración que pueda dañar la competencia en un mercado existe, además de un derecho o interés particular de los directamente afectados por dicha actuación, el interés general de la CNC (y demás autoridades de competencia) de mantenimiento de la competencia efectiva en todo tipo de mercados. O lo que es lo mismo, derivándose la legitimación de las Administraciones públicas para impugnar de su ámbito competencial, es evidente que la CNC podrá recurrir cualquier actuación que pueda tener incidencia en él, como sería el caso.

El artículo 25.2 de la LCJA también incluye como actividad administrativa susceptible de recurso la que sea constitutiva de vía de hecho. Por tal se debe entender toda actuación material de la Administración carente de cobertura jurídica, ya sea por ausencia de título jurídico de actuación o por prescindir del procedimiento legalmente exigido para su adopción, siendo la consecuencia jurídica derivada de su realización la pérdida de presunción validez y eficacia.⁷

Pocas dudas se pueden albergar sobre que este tipo de actuaciones, en la medida en que puedan incidir sobre la competencia en los mercados, como sería en el caso de adjudicación de un contrato administrativo de obra pública sin previo procedimiento de licitación, pueden ser objeto de supervisión y control por parte de la CNC, que deberá acudir al ejercicio de la potestad sancionadora o de la legitimación activa dependiendo del carácter con el que la Administración haya realizado dicha actuación.

Llevando hasta sus últimas consecuencias esta línea interpretativa, la legitimación impugnadora de la CNC podría llegar a extenderse también a determinadas normas con rango de ley. En efecto, el artículo 1 de la LJCA considera incluido en el ámbito objetivo de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de los recursos que pudieran interponerse contra los denominados decretos legislativos *ultra vires*, es decir, aquéllos que excediesen los límites de la delegación efectuada por las Cortes Generales. Esta previsión, que constituye una excepción

6. Por todas la STS, Sala Tercera, de 24 de julio de 2000 (recurso directo 408/1999).

7. Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 27 de noviembre y 9 de octubre de 2007.

al control exclusivo que sobre las leyes y normas con rango de ley realiza el Tribunal Constitucional, se funda, como señala reiteradamente la jurisprudencia y doctrina constitucional,⁸ en la consideración de que la norma delegada, en lo que exceda de la delegación, tiene naturaleza reglamentaria y, por lo tanto, es fiscalizable por Tribunales.

Pues bien, cuando de dicha indebida utilización de un decreto legislativo resultase algún obstáculo para el mantenimiento efectivo de la competencia en determinados mercados, parece difícil que los órganos de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa denieguen la legitimación de la CNC para recurrirlos.

3. MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN

Una de las cuestiones que, sin duda, puede generar más controversia a la hora de analizar la legitimación para el ejercicio de acciones jurisdiccionales reconocida a la CNC es la relativa a los motivos en que el supervisor de competencia puede fundar el recurso contencioso-administrativo por el que impugna la actuación de otras Administraciones públicas y, en concreto, si el artículo 12.3 de la LDC se limita a regular expresamente dicha legitimación o si, además, está configurando una nueva categoría de infracción del ordenamiento jurídico, la generación de obstáculos a una competencia efectiva en los mercados.

Al igual que ocurre con la determinación de los actos que pueden ser atacables a través de su revisión jurisdiccional, para la determinación de los motivos en que debe basarse el recurso contencioso-administrativo que se interponga contra los mismos ha de estarse, con los matices que posteriormente se expondrán, a las previsiones contenidas en la normativa administrativa y contencioso-administrativa.

Conforme al artículo 70 de la LJCA, para que un órgano judicial pueda estimar un recurso contencioso administrativo contra una disposición, actuación o el acto administrativo, resulta imprescindible que el mismo incurra «en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder».

Aunque obvio, es importante destacar, antes de realizar cualquier otro tipo de consideración, que las infracciones del ordenamiento jurídico denunciadas deben necesariamente afectar o ser susceptibles de afectar a la competencia en uno o varios mercados, que es donde se encuentra el fundamento de la legitimación regulada por la LDC. Por el contrario, la CNC no puede invocar el artículo 12.3 por motivos de legalidad ordinaria que no estén relacionados con la defensa de la competencia, ya que en este caso no nos encontraríamos ante la legitimación para el ejercicio de la acción prevista por el citado precepto, sino ante la legitimación

8. Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1997 y 3 de noviembre de 1993 y Sentencias del Tribunal Constitucional nº 51/1982 y 47/1984.

que a toda Administración pública reconoce la LJCA para recurrir las actuaciones de otras Administraciones que afecten a su esfera de intereses.

Efectuada esta precisión, y centrándonos ya en los concretos motivos de impugnación, el éxito de todo recurso contencioso-administrativo pasa por justificar la existencia de algún vicio de nulidad o anulabilidad de la actuación administrativa recurrida, ya que el control de la actividad de la Administración que realizan los Tribunales de esta jurisdicción se centra en analizar la conformidad a derecho de una actuación preexistente, de ahí su carácter eminentemente revisor.

Respecto a los motivos de nulidad, éstos serán, con carácter general, los previstos por el artículo 62 de la LRJAP-PAC. Así, entre otros muchos supuestos, serán nulas las actuaciones que vulneren algún derecho fundamental, como puede ocurrir cuando sean injustificadamente discriminatorias de unos operadores en beneficio de otros, las que les atribuyan indebidamente facultades que afecten a un determinado mercado sin reunir los requisitos para ello, las adoptadas prescindiendo del procedimiento legalmente establecido o, en el caso de las disposiciones reglamentarias, el hecho de que vulneren una norma de rango superior, ya sea nacional o comunitaria, siempre que, como se ha apuntado, este vicio genere algún tipo de obstáculo o restricción a la competencia.

Con mayor amplitud enuncia la LRJAP-PAC los motivos de anulabilidad. En concreto, será anulable toda actuación que incurra en infracción del ordenamiento jurídico, ya sea por adolecer de defectos formales, por tratarse de actuaciones realizadas en fraude de ley o abuso de derecho o por desviación de poder o cualquier otro vicio análogo y que, de alguna manera, incida negativamente en la competencia en los mercados por limitar el número o variedad de los operadores o la capacidad de éstos para competir, o suponga la reducción de los incentivos para que los operadores compitan.

En este sentido, es importante destacar que la infracción del ordenamiento jurídico puede producirse no sólo por vulneración de normas, ya que, como bien señala la Exposición de Motivos de la LJCA: «lo jurídico no se encierra y circunscribe a las disposiciones escritas, sino que se extiende a los principios y a la normatividad inmanente en la naturaleza de las instituciones».

3.1. ¿DEFINE EL ARTÍCULO 12.3 DE LA LDC UNA NUEVA CATEGORÍA DE INFRACCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO?

Como se ha anticipado previamente, la principal duda en torno a esta cuestión se centra en dilucidar si todo obstáculo a la competencia efectiva en los mercados constituye una infracción del ordenamiento jurídico y, por lo tanto, fuera de los concretos motivos de nulidad de pleno derecho, la actuación que lo genera es anulable o si, por el contrario, resulta necesario ligar esta restricción a un defecto concreto en el actuar administrativo que genere efectos anticompetitivos.

La libertad de empresa reconocida por el artículo 38 de la Constitución Espa-

ñola (en adelante CE) ha sido configurada como un derecho constitucional consistente no en acometer cualquier empresa, sino en iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial, estando disciplinado su ejercicio por normas de muy distinto orden.⁹

Dentro de las medidas necesarias para la protección de dicha libertad, el Tribunal Constitucional ha reconocido la especial relevancia de la defensa de la competencia, considerada ésta como «una defensa, y no como una restricción, de la libertad de empresa y de la economía de mercado, que se verían amenazadas por el juego incontrolado de las tendencias naturales de éste».¹⁰

Por ser la economía de mercado el marco obligado en el que debe desarrollarse la libertad de empresa, cuando el artículo 38 impone a los poderes públicos el deber de garantizar y proteger su ejercicio, está implícitamente estableciendo una serie de límites «dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad».¹¹

Pues bien, sin perjuicio de la innegable trascendencia que para el correcto funcionamiento del mercado tiene la libertad de empresa y que su adecuada aplicación supone la imposición de una serie de límites a la actuación de los poderes públicos, lo cierto es que de dicho derecho no es predicable un carácter absoluto que deba prevalecer en todo caso y situación sobre el resto de derechos y libertades previstos en nuestra Carta Magna. Como bien señala el Tribunal Constitucional,¹² la Constitución no impide al Estado proteger bienes jurídicos constitucionalmente reconocidos a costa del sacrificio de otros bienes igualmente reconocidos, ya se trate de derechos fundamentales, ya de otros bienes o valores que gozan de la protección constitucional.

Así, el legislador puede imponer las limitaciones al contenido normal de los derechos y libertades reconocidos en nuestra Constitución, como es la libertad de empresa, siempre que, por un lado, dichas limitaciones vengan justificadas por la protección de otros bienes constitucionales y, por el otro, sean proporcionadas. En este sentido, tratándose de un derecho previsto en el Capítulo II del Título I de la CE, es necesario que la limitación se realice con observancia de las garantías que impone el artículo 53.1, es decir, debe realizarse por una ley y debe respetar el contenido esencial propio de cada derecho o libertad, del que el legislador no puede disponer.¹³

Aplicadas estas previsiones al ámbito de la legitimación activa de la CNC, en la medida en que la Administración actúe en ejercicio de potestades públicas previstas por una ley y destinadas a la protección, consecución o satisfacción de un

9. STC 83/1984, de 24 de julio.

10. STC 112/2006, de 5 de abril.

11. STC 88/1986, de 1 de julio.

12. ATC 254/2001, de 20 de septiembre.

13. STC 196/1987, de 11 de diciembre.

determinado interés público constitucionalmente reconocido, ya sea económico, medioambiental, de ordenación del territorio, comercial o cualesquiera otro, su ejercicio dependerá de que, en primer lugar, exista un obstáculo a la competencia y que, en segundo término, dicho obstáculo no se derive de la protección de otro interés que se considere prevalente y que esté blindado por una ley.

Por ello, y como regla general, toda actuación o disposición que una Administración pública realice en ejercicio de las potestades que tiene atribuidas y que se ajuste estrictamente al mandato en dicha ley contenido no resulta impugnabile por la CNC, aunque suponga una restricción a la competencia. Ello es así desde el momento en que la tutela de otro interés público constitucionalmente protegido permite su limitación, siempre y cuando, claro está, se respeten las garantías a las que acabamos de hacer referencia. Como se matizará posteriormente, esta mención no debe extenderse a aquellos casos en los que el amparo legal sea únicamente aparente ni tampoco a aquellos otros en los que, permitiendo la ley cierto margen de apreciación a la Administración, se opte injustificadamente por soluciones que generen algún tipo de distorsión en la competencia.

Este amparo legal existe en múltiples supuestos contemplados por nuestro ordenamiento jurídico, como puede ser la limitación al número de operadores que pueden formular ofertas en el procedimiento negociado sin publicidad previsto por los artículos 153 y siguientes de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, o el sometimiento a título habilitante para la realización del transporte por carretera prevista por la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, o la reserva de actividad a favor de determinadas titulaciones profesionales prevista por una ley.

Fuera de estos casos, la realización de actuaciones que incidan negativamente en la competencia en los mercados constituye una clara contravención del mandato que, como se ha expuesto previamente, el artículo 38 de la Constitución impone a los poderes públicos, que es calificable como infracción del ordenamiento jurídico a los efectos de su impugnación por la CNC. En estos casos, y en la medida en que la legitimación que reconoce el artículo 12.3 de la LDC lo es, sin excepción de ningún tipo, para impugnar cualquier acto o disposición que genere obstáculos a la competencia, está justificada la interposición de recurso contencioso-administrativo.

Ello ocurrirá cuando la actuación de la Administración sea manifiestamente contraria a una ley o a su normativa de desarrollo y sea susceptible de generar distorsiones en la competencia en un mercado, es claramente impugnabile. Este sería el caso, por ejemplo, de la aprobación de una norma reglamentaria que someta a autorización el ejercicio de una determinada actividad que se encuentre plenamente liberalizada por disposición legal.

También será posible acudir ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa cuando la Administración genere distorsiones de la competencia mediante actuaciones que se amparen en leyes que no establezcan expresamente limitaciones a la libertad de empresa. Así, el establecimiento por una ordenanza municipal de determinadas restricciones al ejercicio de una concreta actividad comercial a las

empresas que actúen en el término municipal cuando no resulta consecuencia de la aplicación de la normativa que regula su actuación en el concreto ámbito de que se trate. Otro ejemplo podría ser la aprobación de una orden ministerial que, sin previsión legal al respecto, ampare injustificadamente prácticas anticompetitivas.

Por último, es posible la impugnación de toda actuación administrativa que, amparada aparentemente por una ley que establezca algún tipo de restricción a la competencia, no proteja adecuadamente el interés público por dicha ley tutelado, ya sea porque no resulte necesaria para satisfacerlo, por ser desproporcionada, no encontrarse suficientemente motivada, generar distorsiones injustificadas o ser arbitraria o abusiva.

Por citar algún ejemplo, puede ser anticompetitiva la regulación, mediante una disposición de carácter general, de las prórrogas de concesiones de un determinado servicio público que, estando amparadas por una ley, no justifique los motivos en que se funda su larga duración o establezca requisitos que determinen su obtención de forma automática.

También puede ser anticompetitiva, en el ámbito de la contratación administrativa, la aprobación de pliegos de cláusulas administrativas particulares que, aprobadas con arreglo a su normativa reguladora, contengan criterios de adjudicación que favorezcan al operador que ha venido siendo el titular del contrato en períodos precedentes o cuya redacción sea demasiado genérica y permita un margen de discrecionalidad demasiado amplio.

Llevada esta previsión hasta el último extremo, incluso si para la satisfacción de un determinado interés público, por ejemplo, la prestación de un servicio público por un ente local, la ley no establece el cauce a través del que debe realizarse o establece varias opciones, más o menos competitivas y la Administración opta por la que puede generar mayores obstáculos a la competencia, dicha decisión podría ser recurrida por la CNC siempre que se justifique debidamente que dicha opción no satisface correctamente el interés de que se trate, o al menos no se motive debidamente.

No debe olvidarse, en este sentido, que incluso el ejercicio de potestades discrecionales por parte de la Administración se encuentra sometido a control jurisdiccional, siempre que no haya habido una apreciación correcta de hechos, se haya incurrido en manifiesto error o arbitrariedad o el ejercicio de la potestad de que se trate no se haya adecuado a la norma habilitante.¹⁴

Lo hasta ahora expuesto nos conduce a afirmar que para que la generación de obstáculos a la competencia en los mercados pueda ser impugnada por la CNC, la Administración debe necesariamente haber incurrido en algún vicio a la hora de su adopción o realización, ya sea porque la misma infrinja o no se encuentre expresamente amparada por la ley o porque no satisfaga de forma adecuada el interés público que tutele. En estos casos, el derecho reconocido en el artículo 38 de la CE debe prevalecer, ya que, como garantía institucional, es límite necesario a la

14. STS de 20 julio de 2007.

actuación de los poderes públicos, que están obligados a garantizar y proteger su ejercicio, evitando condicionar injustificadamente con sus decisiones la libre competencia en los mercados.

Siguiendo con este razonamiento, habrá infracción del ordenamiento jurídico a los efectos del artículo 63 de la LRJAP-PAC cuando, no concurriendo alguno de los motivos del artículo 62, el irregular actuar administrativo haya incumplido el mandato impuesto por el artículo 38 de la CE o haya vulnerado alguno de los preceptos normativos (como puede ser la falta de motivación o de proporcionalidad), o de de los principios informadores del ordenamiento jurídico que determinan su anulabilidad.

En definitiva, si bien se puede decir que no todo obstáculo a la competencia generado por una actuación administrativa es impugnabile por la CNC, en determinados supuestos, la realización de una actuación administrativa que los genere constituye una manifiesta infracción del ordenamiento jurídico que, al amparo del artículo 63 de la LRJAP-PAC, es anulable y, por lo tanto, recurrible en aplicación del artículo 12.3 de la LDC.

4. PRETENSIONES EJERCITABLES POR LA CNC

Partiendo de la base de que, como se ha expuesto previamente, la CNC tiene atribuida la supervisión, desde la perspectiva de la competencia, de la actividad de la Administración y que el motivo por el que impugna una determinada norma o actuación es porque de la misma se pueden derivan distorsiones a la competencia en los mercados, debe mantenerse que, a la hora de impugnar una determinada actuación, puede ejercitar no sólo pretensiones de anulación, o las de cese de la actuación o imposición de la obligación de cumplir previstas por el artículo 32 de la LJCA para vía de hecho e inactividad, sino también, en el caso de que dichas distorsiones hayan producido efectos en el mercado, de plena jurisdicción.

Efectivamente, tiene todo el sentido que la CNC, al recurrir una determinada actuación, pueda solicitar no sólo su nulidad o anulabilidad, sino también el reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas o la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de las mismas, en tanto que con éstas pueda subsanar, al menos en parte, el efecto lesivo que la actuación de que se trate haya ocasionado sobre la competencia efectiva en un determinado mercado.

Por el contrario, lo que no parece razonable que la CNC pueda solicitar la indemnización de los daños y perjuicios, en la medida en que, al no ser destinataria del acto o disposición anulados, no se puede hablar de lesión alguna en sus bienes o derechos que deba ser resarcida por la vía indemnizatoria, es decir, no parece que se encuentre dentro del ámbito competencial que justifica el reconocimiento de su legitimación.

BIBLIOGRAFÍA

- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. 2009. «La legitimación activa de las autoridades de competencia españolas para impugnar actos y reglamentos restrictivos de la competencia: alcance y articulación».
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA. 2008. «Informe sobre Recomendaciones a las Administraciones públicas para una regulación de los mercados más eficiente y favorecedora de la competencia».
- Libro Blanco para la Reforma del Sistema Español de Defensa de la Competencia.*
- RIVERO GONZÁLEZ, M. *et al.* 2007. *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*. Editorial Aranzadi.
- ODRIOZOLA ALEN, M. *Derecho Español de la Competencia*. Editorial Bosch.
- MASSAGUER FUENTES, J.; FOLGUERA CRESPO, J.; SALA ARQUER, J.M.; GUTIÉRREZ, A. *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*. Editorial Civitas - Thomson Company.

En las administraciones públicas encargadas de promover y velar por el libre funcionamiento, tanto a nivel nacional como autonómico y local, en el ámbito de sus respectivas competencias, resulta imprescindible la colaboración de quienes a las órdenes de la legislación sobre competencia se ven obligados a actuar. El carácter administrativo, entendiendo que debe aplicarse a los actos de los órganos de la administración española de las políticas anticompetitivas, es la garantía más idónea para asegurar el cumplimiento de los deberes de la libre competencia, a fin que no se castre el desarrollo de la competencia promoviendo a través de sus propios actos, o de los de otros, los efectos contrarios.

Una gran parte de los actos de los órganos de la administración, tanto a nivel nacional como autonómico y local, que se refieren a los procedimientos administrativos, son de naturaleza administrativa en función de su objeto, finalidad y efectos, así como de la naturaleza y el contenido de los actos que se refieren a los procedimientos de competencia, deben estar sujetos y gozar de facultades de competencia que concuerden con los requisitos de naturaleza administrativa que se exigen.

Entre los fundamentos, que para el cumplimiento de las funciones propias de la actividad de competencia, se hace más relevante, está el procedimiento de resolución de los recursos para conocer posibles prácticas anticompetitivas y de defensa de la libertad fundamental de la función impugnantes la de gobierno el cumplimiento de la ley, y con ella, todas las normas generales, bienes jurídicos deben de presentarse administrativamente.

Para impugnar, como cualquier otro, cuando sea dada sobre la posibilidad de los actos administrativos, en el ámbito jurídico de dicho recurso, artículo 101

LAS INSPECCIONES DE LAS AUTORIDADES DE LA DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y LOS DERECHOS DE LOS INSPECCIONADOS

JUAN MANUEL FERNÁNDEZ LÓPEZ

Abogado – magistrado excedente

Todas las administraciones públicas encargadas de promover y defender la libre competencia, tanto a nivel comunitario europeo como nacional e incluso en el de una comunidad autónoma, tienen encomendada la aplicación de sanciones a los infractores de la legislación sobre competencia en sus respectivos ámbitos. El derecho administrativo sancionador que deben aplicar tiene una doble función: la puramente represiva de las prácticas anticompetitivas y la preventiva y disuasoria ante las graves consecuencias que puede acarrear el transgredir las normas de la libre competencia, si es que no se está convencido de los beneficios que la competencia proporciona a todos los que participan, de una forma y otra, en los mercados.

Los que optan por los atajos fáciles de la infracción o se ven, más o menos, abocados a ello por carecer de las condiciones adecuadas para competir, han ido perfeccionando las formas de infringir, haciendo cada vez más difícil el detectar las infracciones y su autoría, por lo que las autoridades de competencia deben estar vigilantes y gozar de facultades de inspección que, acordes con los tiempos, el ordenamiento jurídico les va ampliando.

Entre las facultades, que para el desarrollo de sus funciones tienen las autoridades de competencia, se hace más relevante cada día precisamente la de realización de inspecciones para conocer posibles prácticas anticompetitivas y su alcance. La finalidad fundamental de la función inspectora es la de garantizar el cumplimiento de la legalidad, y con ello, tutelar los intereses generales, bienes jurídicos objeto de protección administrativa.¹

Estas inspecciones, como cualquier otra, incide sin duda sobre la privacidad de los sujetos inspeccionados, en el amplio sentido de dicho término derivado del

1. Guillén Caramés, J. 2010. *Régimen jurídico de la Inspección en Derecho de la Competencia*, Aranzadi, p. 39.

anglosajón *privacy* y del que el derecho se ocupa a partir del siglo XIX. Además, en muchos casos las verificaciones van a conllevar incluso la restricción o afectación de diversos derechos fundamentales, tanto de personas físicas como incluso de las personas jurídicas objeto de inspección. Por todo ello, se requiere una completa regulación de esta función y de su alcance, debiendo precisarse, desde ahora, que, en el supuesto de que se vean afectados derechos fundamentales, la normativa que lo regule tiene que alcanzar, necesariamente, el rango de ley formal por aplicación del principio de reserva de ley que rige en la restricción de los derechos fundamentales, tal y como tiene señalado nuestro Tribunal Constitucional, entre otras, en STC 70/2002 de 3 de abril: «por mandato expreso de la Constitución toda injerencia ejercida directamente sobre su desarrollo estatal en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades particulares (art.18.1 CE) o limite o condicione su ejercicio (art.53.1 CE) precisa una habilitación legal». Y dado el contexto en que se desarrollan las verificaciones, se deberá respetar, en los propios límites que las respectivas legislaciones las regulan, los términos y exigencias que los mismos en cada supuesto establezcan, no resultando posible ni prescindir de los requisitos que la ley pueda establecer ni realizar interpretación expansiva alguna en supuestos en que se incida en derechos fundamentales.

Centraremos nuestra atención en el análisis de las principales facultades de investigación de que gozan las autoridades de defensa de la competencia, que a nivel comunitario europeo se concentran en la Comisión Europea, y a nivel de nuestro país en la recientemente creada Comisión Nacional de la Competencia, haciendo especial hincapié en cómo deben desarrollarse aquéllas, con respeto de los derechos fundamentales de los investigados, su extensión y sus límites.

Tanto la Comisión Europea como las distintas autoridades nacionales de defensa de la competencia han tenido entre sus prioridades el vigilar los mercados para que las empresas no llevasen a cabo prácticas anticompetitivas, principalmente acuerdos colusorios o abusos de posición de dominio. Para ello las respectivas legislaciones las han dotado de importantes facultades de investigación y control, entre las que destacan la potestad de inspeccionar las sedes y demás locales de las empresas sospechosas de infracción, consecuencia tanto de las propias investigaciones llevadas a cabo de oficio como de denuncias de terceros. Toda vez que los autores de prácticas anticompetitivas han ido empleado métodos más sofisticados para infringir la libre competencia, ha resultado necesario ampliar las facultades de inspección llegando a extenderlas últimamente incluso a los propios domicilios privados de los directivos y altos ejecutivos de las empresas, como tendremos ocasión de analizar seguidamente.

1. INSPECCIONES DE LA COMISIÓN EUROPEA ACERCA DE POSIBLES INFRACCIONES DEL DERECHO COMUNITARIO DE COMPETENCIA

A la Comisión encomienda el derecho comunitario la persecución de las conductas anticompetitivas dotándola de facultades de investigación, instrucción de los expedientes sancionadores y decisión sobre los mismos, ejerciendo el posterior control jurisdiccional el Tribunal de Justicia. Se ha criticado el que una misma institución concentre las facultades de instrucción de los expedientes sancionadores y la decisión sobre los mismos, toda vez que el Derecho administrativo sancionador atrae las garantías exigidas en Derecho penal donde el órgano instructor debe estar separado del decisorio para garantizar la independencia necesaria de sus funciones. Debe señalarse que las dos funciones se realizan en departamentos distintos, y pese a las críticas, continúan en la actualidad concentrándose de igual forma ambas funciones en la Comisión.

1.1. FACULTADES QUE HABILITABA EL REGLAMENTO 17

Centrándonos en las facultades de investigación de la Comisión, debemos señalar ante todo que le vinieron conferidas por el Reglamento 17 del Consejo del 16 de febrero de 1962, posteriormente modificado.

Estas facultades las concreta el citado Reglamento en cuatro principales:

- Investigaciones en sectores económicos en los que aprecie irregularidades (art. 12 del Reglamento) solicitando información sobre las estructuras económicas de las empresas.
- Encomendar a las autoridades nacionales la práctica de verificaciones (art. 13 del Reglamento) que, si bien facilitarían la eficacia administrativa, ha sido en el pasado poco empleada por la Comisión, tal vez por desconfianza con las autoridades nacionales de competencia.
- Solicitud de información a las empresas (art. 11 del Reglamento).
- Verificación. Permite el control de libros y demás documentos profesionales de las empresas obteniendo incluso copia de los mismos, solicitar explicaciones verbales en las dependencias empresariales y acceder a los locales, terrenos o medios de transporte (art. 14 del Reglamento).

Indudablemente estas dos últimas, solicitud de información y verificaciones, son las de mayor relieve y donde pueden verse amenazados los derechos de los inspeccionados. A las posibles extralimitaciones ha puesto coto en muchos aspectos el Tribunal de Justicia en una ya consolidada jurisprudencia.

La Comisión podrá recabar toda la información que considere necesaria para aplicar el derecho de la competencia tanto a las autoridades de los Estados miembros como a las empresas o asociaciones de empresas (art. 11.1 del Reglamento 17)

sin necesidad de que estas dos últimas sean sospechosas de infracción. Puede para ello actuar a través de simple requerimiento o mediante decisión, en el último caso con fuerza vinculante y obligatoria su cumplimentación, pudiendo, en base a su potestad sancionadora, imponer multas en los supuestos de no recibir la información requerida o ser ésta inexacta (art. 15.1.b del Reglamento 17).

Es en el terreno de las verificaciones donde las potestades inspectoras de la Comisión alcanzan mayor relieve y donde pueden verse principalmente afectados derechos fundamentales de los inspeccionados.

Para realizar verificaciones en las sedes de las empresas, los agentes de la Comisión podrán acceder a los locales, terrenos y medios de transporte de las empresas para conseguir información controlando libros y papeles profesionales, hacer copias o extractos de éstos y solicitar explicaciones verbales. Su actuación puede llevarse a cabo mediante simple autorización o, lo que es más habitual, mediante decisión expresa, siendo además ésta la que permite obligar a soportar la inspección (art. 14.3 del Reglamento 17).² La adopción de estas decisiones puede llevarse a cabo por la Comisión sin audiencia previa de la empresa objeto de inspección (STJCE de 26 de junio de 1980, *National Panasonic*). La negativa de la empresa puede generar la imposición de multas (art. 15.1.c del Reglamento 17) y también multas coercitivas por cada día de retraso (art. 16.1.d del Reglamento 17).

Los Estados miembros deben facilitar a la Comisión la asistencia necesaria para ejecutar la verificación en sus respectivos territorios (art. 14.6 del Reglamento 17), aplicándose el derecho interno en supuestos de oposición del inspeccionado.

Un tema controvertido, desde hace tiempo, ha sido el alcance que debe tener la decisión de la Comisión respecto con el objeto y la finalidad de la verificación. El TJCE ha estimado que la Comisión no está obligada a comunicar todas las informaciones de que dispone sobre las supuestas inspecciones ni a efectuar una calificación jurídica rigurosa de las mismas (STJCE de 17 de octubre de 1989 *Dow Chemical*). Pero en la decisión deben constar las razones que motivan la verificación cumpliendo así lo establecido en el art. 190 del Tratado y para que la empresa afectada esté en condiciones de comprender el alcance su deber de colaboración y preservar su derecho a la defensa (STJCE de 21 de septiembre de 1989 *Hoechst*).

Esto no significa que se tengan que enumerar todos los documentos que se pretende examinar, ya que la importancia de algunos sólo se podrá determinar en el curso de la investigación y además pueden aparecer otros documentos desconocidos relacionados con aquellos (STJCE de 21 de septiembre de 1989 *Hoechst*).

También pueden los agentes de la Comisión solicitar explicaciones verbales, concretas y específicas en las dependencias donde se lleva a cabo la verificación, a la vista de los libros o documentos profesionales examinados.

Como ya se adelantaba, en el ejercicio de las potestades inspectoras de la Comisión, dado su ámbito y amplitud, se pueden ver comprometidos derechos funda-

2. Fernández Lerga, C., *Derecho de la Competencia, Comunidad Europea y España*, Aranzadi, p. 321 y ss.

mentales de los inspeccionados. El control de la legalidad sobre los actos de las instituciones comunitarias que corresponde al TJCE ha dado lugar al pronunciamiento del mismo sobre el alcance de aquellas potestades con respecto a los derechos de los afectados.

1.2. CONTROL POR EL TJCE DEL EJERCICIO DE LAS POTESTADES DE VERIFICACIÓN DE LA COMISIÓN

Del análisis de la jurisprudencia del TJCE se extraen los supuestos en que la legalidad de las inspecciones de la Comisión ha resultado cuestionada. Examinemos a continuación los casos más controvertidos que ha debido de precisar el TJCE.³

Ante todo hay que resaltar la exigencia de precisión que el TJCE exige en el contenido de la decisión de investigación. Así la STJCE de 22 de octubre de 2007 *Raquette Freres S.A.* exige:

- Una descripción de las características esenciales de la infracción objeto de sospecha a saber, como mínimo, la indicación del supuesto mercado de referencia y de la naturaleza de las restricciones de competencia que infunden sospechas.
- Explicaciones acerca de la forma en que se presume que la empresa objeto de las medidas coercitivas está implicada en la referida infracción.
- Explicaciones que pongan de manifiesto de manera detallada que la comisión dispone de elementos e indicios materiales importantes que la llevan a sospechar que la empresa afectada ha incurrido en dicha infracción.
- Una indicación lo más precisa posible de que es lo que se busca y de los elementos sobre los que debe versar la verificación, así como una indicación de las facultades conferidas a los investigadores comunitarios.

a) Confidencialidad de la correspondencia con los abogados

Dada la potestad de acceso de los agentes de la Comisión a todos los libros, papeles y documentos de la empresa, puede acontecer que entre estos documentos se encuentre la correspondencia intercambiada entre el empresario y su abogado.

Toda vez que el Reglamento 17 no contiene ninguna limitación expresa a este respecto, hubo de pronunciarse el TJCE. El Tribunal fija dos condiciones para que opere la confidencialidad.

En primer lugar, que la correspondencia intercambiada sea en el marco y con los fines del derecho a la defensa del cliente. En segundo lugar, que se trate de un

3. Cases Pallarés, L, *Derecho Administrativo de Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, p. 152 y ss.

abogado independiente, esto es, no ligado a la empresa por un vínculo salarial. La confidencialidad responde a la exigencia de que todo justiciable debe poder dirigirse con total libertad a su abogado, cuya profesión misma comporta ofrecer de forma independiente consejos jurídicos a aquellos que los necesitan (STJCE de 18 de mayo de 1982, *AM&S*). Si bien en algunos supuestos el abogado interno de la empresa es el que confecciona los documentos siguiendo las instrucciones de los directivos y lleva a cabo su negociación con terceros, pudiendo materializar las cláusulas de aquellos pactos anticompetitivos y por ello se deja su correspondencia fuera de la protección de confidencialidad, no siempre es así.

A los abogados internos de las empresas en otros muchos casos se les solicitan consejos y se les confía la defensa de los intereses de la empresa ante las autoridades de competencia, no siendo en todos los casos el que se confíe a abogados externos. En estos últimos supuestos a las comunicaciones e informes del abogado interno también debiera amparar la confidencialidad. Este tema que últimamente estaba resultando muy polémico y había creado una corriente de opinión favorable a que se amparase la confidencialidad de la correspondencia de los abogados internos ha sido resuelto recientemente por el TJCE en el sentido de considerar que el abogado interno aún en el supuesto de que esté colegiado no goza de la suficiente independencia y, por lo tanto, no está amparado por la confidencialidad en sus comunicaciones con el cliente para el que trabaja (STJC de 24 de septiembre de 2010, asunto C-550/07PAKZO Novel – Comisión).

b) Derecho a la no autoinculpación

La ausencia de previsión acerca del derecho a no autoinculparse determinó que el Tribunal se pronunciara al respecto. Así señala, con carácter general, que los ordenamientos de los Estados miembros únicamente reconocen el derecho a no declarar contra sí mismo en el marco del proceso penal (STJCE de 18 de octubre de 1989 *Orkem*). No obstante, el Tribunal vincula el derecho a la no inculpación con el derecho de defensa, que es principio fundamental del ordenamiento jurídico comunitario (STJCE de 9 de noviembre de 1983 *Michélin*). Aunque la Comisión tenga potestad de obligar a la empresa a que facilite toda información necesaria y a que presente los documentos que obren en su poder, incluso si sirviese para probar contra ella, la Comisión no puede imponer a la empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión (STJCE de 18 de octubre de 1989 *Orkem*).

c) Inviolabilidad del domicilio

Las verificaciones que el Reglamento 17 permite en los domicilios de las empresas van sin duda a enfrentar pronto este poder de la Comisión con el derecho a la inviolabilidad del domicilio de las empresas inspeccionadas.

Resultan a este respecto sumamente ilustrativas las STJCE de 17 de octubre de

1989 *Dow Benelux*, la de la misma fecha *Dow Chemical Iberica* y la de 21 de septiembre de 1989 *Hoechst*.

El Tribunal señala la necesidad de que la Comisión se someta al procedimiento que el Estado miembro establezca para vencer la oposición a una verificación al tiempo que establece la necesidad de que aquellos aseguren la eficacia de la acción de la Comisión.

El TJCE precisa los contornos de este control por los órganos de los Estados miembros, sean estos judiciales o no, al señalar que después de comprobar la autenticidad de la decisión de verificación puede verificar si las medidas coercitivas son arbitrarias o excesivas en relación con el objeto de verificación, así como velar por el respeto del derecho nacional en la aplicación de dichas medidas. Pero los órganos nacionales no pueden entrar en la apreciación acerca del carácter necesario de las verificaciones ordenadas por la Comisión, ya que estas valoraciones tanto de hecho como de derecho sólo están sometidas al control de la legalidad del TJCE.

En algunos casos resultará difícil apreciar estas distintas competencias que algunos consideran simples sutilezas.

d) Limitación en la aplicación de las informaciones obtenidas por la Comisión

Establece el art. 20.1 del Reglamento 17 que las informaciones recogidas no podrán ser utilizadas nada más que para el fin para el que fueron pedidas.

Se ha cuestionado si las informaciones obtenidas por la Comisión, en virtud de un mandato de verificación, podían ser utilizadas, bien por ésta, para finalidades no contempladas en el mandato, bien por las autoridades de defensa de la competencia de los Estados miembros en procedimientos de aplicación del derecho comunitario o incluso del derecho nacional de competencia.

Es muy ilustrativa al respecto la STJCE de 16 de julio de 1992, *Asociación Española de Banca Privada* que resuelve la petición de información del TDC español.

El TJCE pone de relieve que el Reglamento 17 regula el procedimiento que tramita la Comisión y no el que pueden seguir las autoridades españolas. Al ser distinto el procedimiento que tramita la Comisión del que tramitan las autoridades nacionales, se rige la recogida de pruebas de estas autoridades por su derecho nacional.

1.3. LAS MAYORES POTESTADES INVESTIGADORAS QUE CONFIERE EL REGLAMENTO 1/2003 CE

El Reglamento 1/2003 del Consejo sustituye al Reglamento 17 al que deroga. No por ello queda invalidado todo lo que hasta ahora hemos referido de las potestades de verificación de la Comisión, toda vez que el nuevo Reglamento, al menos en esta materia, lo que hace es ampliar las potestades que el anterior daba a la Comi-

sión sin merma en ningún aspecto de ninguna de ellas. Es por ello que nos hayamos extendido más de lo esperado en el análisis de una legislación derogada, ya que hemos tenido así la posibilidad de examinar las pautas y determinar los límites que la jurisprudencia del TJCE ha hecho y que continuará vigente.

Es el capítulo V del Reglamento 1/2003 CE el que se ocupa de los poderes de investigación de la Comisión, destacando, a los efectos que aquí nos ocupan, las regulaciones que se establecen en el art. 20 en el que se concretan los poderes de la Comisión en materia de inspección, y en el art. 21 que se ocupa de la inspección en otros locales, entre los que se señalan los domicilios de los administradores y otros empleados de las empresas o asociaciones de empresas.

El Reglamento incide en una cuestión que tiene importante repercusión en la jurisdicción. Hasta ahora las facultades de la Comisión en la persecución de las prácticas contrarias a los art. 81 y 82 del Tratado se limitaban a la inspección de las sedes de las empresas, aunque tuviera amplias facultades para ello. En el supuesto de que alguien se opusiese a la entrada de los inspectores de la Comisión en las dependencias empresariales, al aplicarse en estos supuestos las respectivas legislaciones internas, al menos en nuestro país, debía obtenerse el correspondiente mandamiento judicial.⁴

El Reglamento 1/2003 CE viene a aumentar las facultades inspectoras de la Comisión, posibilitando que se lleven a cabo inspecciones en cualesquiera otros locales, terrenos o medios de transporte, incluido el domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas o asociaciones de empresas afectadas (art. 21). Para ello debe tenerse una sospecha razonable de que en aquellos que se pretende inspeccionar se hallan libros u otra documentación relacionada con la empresa y con el objeto de la inspección, y que puedan servir para demostrar una infracción grave de los art. 81 u 82 del Tratado.

En este nuevo supuesto de las inspecciones en domicilio privados, el propio Reglamento prevé que la decisión de inspección de la Comisión sólo se ejecute previa obtención de un mandamiento judicial de un juez del Estado miembro afectado (art. 21.3).

A los anteriores efectos, el juez nacional verificará la autenticidad de la decisión de la Comisión y que las medidas coercitivas que contempla no son arbitrarias ni desproporcionadas, teniendo en cuenta, en especial, la gravedad de la presunta infracción, importancia de las pruebas buscadas, participación en la infracción de la empresa en cuestión y de la probabilidad razonable de que la documentación objeto de la inspección se encuentra en los locales para los que se solicita el mandamiento.

A tal efecto el juez podrá pedir a la Comisión explicaciones detalladas sobre los elementos que sean necesarios para poder verificar la proporcionalidad de las medidas coercitivas contempladas.

4. Fernández López, J.M. «Nuevas atribuciones de los jueces nacionales en la aplicación del Derecho comunitario de Competencia», *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, nº 33, p. 21-32.

No obstante, el juez nacional no podrá poner en cuestión la necesidad de la inspección ni exigir que se le facilite la información que conste en el expediente de la Comisión. Se sigue reservando al Tribunal de Justicia el control de la legalidad de la decisión de la Comisión. Las facultades de los jueces nacionales que quedan señaladas es preciso que se ejerzan a fin de establecer los justos límites de la inspección, no debiendo ser óbice para ello que el control de la legalidad de la decisión de la Comisión siga reservada al T.J.

Debe objetarse la ampliación de poderes de la Comisión respecto a la solicitud de explicaciones a representantes de las empresas, lo que podría contravenir el principio de no tener que declarar en contra de sí mismo que informa nuestro derecho interno. No podrá traspasarse, con las peticiones de información o explicaciones que fundamentalmente deben referirse a documentos, la línea que marca el respeto al derecho fundamental de no autoinculparse.

2. FACULTADES DE VERIFICACIÓN DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS DE LA COMPETENCIA

2.1. SUCINTA REFERENCIA A LA SITUACIÓN PRECEDENTE

Un breve análisis de las facultades de inspección que las leyes anteriores a la vigente Ley 15/2007 conferían a las autoridades de defensa de la competencia y de los resultados de su ejercicio parece obligado por cuanto, si bien en la actual LDC se amplían y refuerzan éstas, no se parte de una legislación *ex novo*, aunque adquieren en la actualidad especial singularidad por los métodos más sofisticados que emplean los inspectores y por la dificultad añadida que comportan las nuevas tecnologías que permiten incluso llevar a cabo concertaciones entre sujetos situados a gran distancia unos de otros, como ya destacábamos.

La Ley 110/63, de Represión de Prácticas Restrictivas de la Competencia, encomendaba al SDC la instrucción de expedientes por posibles prácticas prohibidas (art. 22.1 de la Ley 110/63), realizando al efecto las indagaciones necesarias (art. 22.3 de la Ley 110/63), requerimientos a todo tipo de personas naturales o jurídicas, así como de oficinas públicas cualquier información o documento de interés, pudiendo encargar a cualquier funcionario público las indagaciones necesarias, a cuyo efecto se le confieren las mismas facultades que a los inspectores de Tributos (art. 23 de l Ley 110/63).

Por Decreto de 5 de febrero de 1970, se aprobó el Reglamento del SDC, donde se detallaban con toda amplitud las potestades investigadoras pudiendo las verificaciones llevarse a cabo en el domicilio del interesado o donde se realice total o parcialmente la actividad investigada.

No existiendo en aquellos tiempos garantía de derechos fundamentales en nuestro país, ni que decir tiene que no se va a producir reclamación por violación de los mismos.

La entrada en vigor de la Ley 16/1989, de 20 de diciembre, de Defensa de la Competencia, que sustituye a la anterior cuando han pasado más de diez años de vigencia de la Constitución Española, determinará que las funciones investigadoras de las autoridades de defensa de la competencia deban someterse a la Comisión Europea y, por lo tanto, al respeto de los derechos fundamentales que la misma establece.

La LDC encomienda al SDC, entre otras funciones, la de instruir expedientes por las conductas incluidas en la Ley (art. 31.a) de la LDC).

Para ello deberá llevar a cabo una investigación previa respecto a los sujetos que presuntamente hayan realizado una práctica anticompetitiva, tarea que no resulta por lo general nada fácil, por lo que la LDC otorga al SDC dos importantes facultades, principalmente: poder solicitar informaciones y llevar a cabo investigaciones e inspecciones.

a) Facultad de solicitar información y deber de colaboración.

Se comienza por establecer el deber de colaboración de toda persona natural o jurídica con el SDC, que viene obligada a proporcionarle los datos e informaciones necesarios para el cumplimiento de la Ley (art. 32.1 LDC).

El incumplimiento de lo anterior puede sancionarse por el director del SDC con multa de 50.000 a 100.000 PTA (art. 32.2). Este precepto fue posteriormente modificado en un doble aspecto. Por un lado, para establecer el plazo de diez días en el que debe proporcionarse la información o documentación, salvo que éste se amplíe por el SDC por justificarlo la dificultad en obtener la información. Por otro, para señalar la multa, por el incumplimiento, estableciéndola por días de retraso en el cumplimiento en un abanico que va desde 60,10 € por día hasta 3.005,06 € por día.⁵

b) Facultades de investigación e inspección que se concretan en:

- Realizar las investigaciones necesarias para la aplicación de la Ley (art. 33.1). Este precepto tiene el carácter de cláusula general de las funciones de investigación, concretándose las principales y más habituales que se examinan a continuación.
- Obtener copias o realizar extractos de los libros, documentos, incluso contables y si procediese retenerlos por plazo de 10 días (art. 33.2). La potestad de retener documentos no está prevista en el derecho comunitario.⁶ Se añade posteriormente a las anteriores funciones la de que en el curso de las inspecciones, los funcionarios podrán solicitar explicaciones verbales *in*

5. Redacción dada por el art. 19 de l Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

6. Cases Pallarés, L., *Derecho Administrativo de la Defensa de la Competencia*, Marcial Pons, p. 322.

*situ.*⁷ La obstrucción a la labor inspectora se sanciona con multa de hasta 150.000 PTA diarias (art. 33.4). Después se modifica para aumentar considerablemente la multa por obstrucción a la labor inspectora para señalarla de hasta el 1 por ciento del volumen de ventas del ejercicio anterior.⁸

— Investigación domiciliaria

Se permite el acceso a los locales de la empresa o de las asociaciones de empresas con consentimiento o con mandato judicial (art. 34.1).

El consentimiento en el acceso a los locales comporta, no obstante, el cumplimiento de determinados requisitos y formalidades. Así, si existiese consentimiento, los inspectores deberán exhibir su acreditación en que consten los sujetos investigados, datos, documentos y operaciones objeto de inspección, fecha en que la actuación debe practicarse y alcance de la investigación (art. 34.2).

El mandamiento deberá ir expedido por el director del SDC y en el oficio constarán los datos anteriores (art. 34.3).

De las entradas en locales y de toda la inspección se levantará un acta en la que se acompañarán los documentos retenidos temporalmente y se firmará por el funcionario autorizado y un ocupante (art. 34.4).

La información sólo podrá ser utilizada para la finalidad prevista en el LDC (art. 34.6).

También en el supuesto de precisar recurrir al auxilio judicial para la entrada en los domicilios, va a ser parcialmente modificado el art. 34 de la LDC, aunque estas modificaciones son más bien formales, para precisar, principalmente, que se solicitará autorización de entrada en el domicilio, ya que no se dice mandamiento, como impropiamente se señala en la redacción original, concretándose que tal autorización de acceso a los locales se pedirá al juzgado de lo contencioso-administrativo, el cual resolverá en el plazo de cuarenta y ocho horas.⁹

Cabe realizar una reflexión para hacer referencia a los problemas ya detectados con el anterior sistema que limitaba las inspecciones a los locales de las empresas, y que pudieran subsistir en la actualidad. Antes de la entrada en vigor de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, existían pareceres encontrados sobre si el mandamiento debía otorgarlo un juzgado de instrucción o un juzgado de lo contencioso-administrativo. El Tribunal Constitucional vino a resolver la controversia en su STS 199/1998, en la que, recordando lo establecido en su anterior STC 144/1987, señaló que no había sido sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativa el control de la legalidad de los actos administrativos. El art. 8.6 LJCA de 1998 zanja en todo caso el asunto, al señalar que las autorizaciones para la entrada en domicilios para la ejecución de actos de la Administra-

7. Según redacción dada por el apartado 2 del art. 95 tres de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

8. Redacción dada por el apartado 3 del art. 95 tres de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre.

9. Redacción dada por el art. 21 de la Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

ción pública corresponderá otorgarlos a los juzgados de lo contencioso-administrativo.¹⁰

Por otro lado, el art. 34.3 LDC, al ser modificado, vino a señalar que la autorización para la entrada en domicilios la solicitará el director del Servicio de la Competencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, quien resolverá en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, previsiones que ha mantenido el art. 40.4 de la vigente LDC de 2007.

Como ha puesto de relieve algún autor, si bien se ha resuelto el problema que planteaba anteriormente la intervención del juez de instrucción, la propia solución ha suscitado nuevas dudas. Así la primera que plantea la nueva regulación es la relativa a la competencia territorial del juzgado, pareciendo que deberá ser competente el juez de lo contencioso del domicilio del lugar al que se pretenda acceder, coherente con la protección constitucional de la inviolabilidad del domicilio, pero contrario al sistema de competencia que establece el art. 14.1 regla 1 en LJCA. Otra duda surge de la incompatibilidad del plazo máximo de cuarenta y ocho horas para resolver con posibilitar la audiencia del interesado, lo que a su vez no es conciliable con la eficacia de la actuación administrativa.¹¹

Durante la vigencia de la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, no se produjeron especiales problemas en el desarrollo de las funciones inspectoras del SDC.

Tal vez esta situación bonancible se debía a que hasta mediados de los años noventa fueron escasos los supuestos en que se procedió a la inspección domiciliaria por sorpresa, limitándose en muchos casos el SDC a solicitar la documentación, y cuando las inspecciones se producían, en contados supuestos fueron sin previo aviso, con lo que las empresas estaban al tanto de que eran objeto de investigación. Por todo ello, y por el respeto que imponían las fuertes sanciones aplicables, en la inmensa mayoría de los supuestos se facilitaba el acceso voluntariamente de los inspectores a los locales de la empresa. En contados supuestos se acudió a la autorización judicial y además debe recordarse que ante la imprecisión de la ley y el desconocimiento por parte de los jueces de la importancia que tenían estas inspecciones en la persecución de prácticas anticompetitivas, hubo dificultades en la obtención de la autorización.

Al buen clima en la realización de las inspecciones sin duda contribuyó que los inspectores limitaron su función a cuanto establecía la LDC y los inspeccionados facilitasen la labor de aquéllos.

Así, conforme establecía el art. 34.2 LDC el funcionario habilitado debía mostrar el oficio y entregar copia debiendo constar en el mismo su designación por el director del SDC, los sujetos investigados, los datos, documentos y operaciones

10. «conocerán también los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de las autorizaciones para la entrada en domicilio y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular.»

11. Pedraz Calvo, M. 2000. «Nuevas cuestiones de Derecho Procesal con relación a la Defensa de la Competencia», *Anuario de la Competencia*, ICO – Marcial Pons, p. 157-70.

objeto de inspección, la fecha en que la actuación debía practicarse y el alcance de la investigación. Eran otros tiempos en los que los operadores económicos infractores no estaban acostumbrados a este tipo de inspecciones y sus métodos de concertación, incluso los más sofisticados de creación de cárteles, se llevaban a cabo incluso por escrito y con todo tipo de detalles¹² y además, y también por ello, su práctica era mucho más descarada no teniendo nada que ver con los sofisticados métodos empleados en la actualidad para similares fines concertativos.

2.2. LA AMPLIACIÓN DE FACULTADES EN LAS FUNCIONES INSPECTORAS QUE HABILITA LA VIGENTE LDC 15/2007

Siguiendo las directrices del Reglamento 1/2003, la nueva LDC centra sus esfuerzos en dotar a la CNC de funciones y estructura adecuados para la persecución de las prácticas más graves que afectan a la libre competencia. Así descarga a la CNC de las autorizaciones singulares a que obligaba el art. 3 de la anterior ley respecto a los acuerdos, decisiones, recomendaciones y prácticas a que se refería el art. 1.1, siempre y cuando reuniesen los requisitos y condiciones que se establecían en aquel art. 3. Ahora la autorización singular se sustituye por el sistema de exención legal (art. 1.3 LDC) de igual forma que lo establecido para las mismas prácticas con efectos en el mercado común por el Reglamento 1/2003 CE. También declara la no aplicación de ley, para prohibiciones denominadas conductas de menor importancia (art. 5 LDC) que desarrollará y concretará el Reglamento de Defensa de la Competencia.¹³

Por otro lado, la nueva LDC, siguiendo a la normativa europea, introduce por primera vez en nuestro derecho interno un sistema de clemencias mediante el que se podrá eximir del pago de multa al infractor que aporte elementos de prueba que permitan ordenar el desarrollo de una inspección o aporte elementos de prueba que faciliten comprobar la existencia de un cártel secreto (art. 65) o en su caso reducción de la multa (art. 66). Estas clemencias basadas en las denuncias de los que participan con el denunciante en el cártel, aunque puedan resultar éticamente de difícil aceptación, se han manifestado como muy efectivas a nivel de la Comisión Europea en la persecución y sanción de las conductas más graves y difícilmente detectables.¹⁴

Finalmente, se refuerzan y se proporcionan por la Ley a la CNC amplias funciones de inspección (art. 40 LDC), que pasamos brevemente a analizar.

Las principales novedades en las funciones inspectoras pueden concretarse en las siguientes:

12. Ver Resolución TDC 10-06-1997, *Desmotadoras de Algodón*.

13. Aprobado por el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, BOE nº 80 de 27-02-2008.

14. Fernández López, J.M. 2009. «Facultades de verificación de las autoridades de defensa de la competencia y respeto de los derechos fundamentales», en *Comunicaciones en Propiedad Industrial y Derecho de la Competencia*, nº 55, julio-septiembre.

- Se reconoce la condición de agente de la autoridad al personal de la CNC que participe en una inspección debidamente autorizado por el director de Investigación.
- El personal habilitado podrá acceder no sólo a los locales de la empresa inspeccionada sino también a cualquier terreno y medio de transporte de aquélla.
- De igual forma se habilita para acceder al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas.
- Se faculta a los inspectores para precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de las empresas durante el tiempo y en la medida que sean necesarios para la inspección.

Al principio la nueva ley producía cierto sobresalto, ya que no se limitaban las funciones inspectoras a concretos objetos de la inspección como hiciera la anterior LDC. Hubo que esperar a la publicación del Reglamento para comprobar que expresamente la autorización por escrito del director de Investigación debe indicar «...el objeto y finalidad de la inspección, los sujetos investigados, los datos, documentos, operaciones, informaciones y otros elementos que hayan de ser objeto de la inspección, la fecha en que la inspección vaya a practicarse y el alcance de la misma» (art. 13.3 del Reglamento). La perturbación por las inspecciones de las empresas y sus directivos donde se puedan ver comprometidos incluso algunos derechos fundamentales tales como la inviolabilidad del domicilio, el secreto de las comunicaciones, el derecho de defensa y a no autoinculparse, el derecho a la intimidad personal, así como el derecho a la protección de datos personales, obligaban a una concreción del objeto, sujetos y finalidad de la inspección que al fin establece el Reglamento. No obstante lo anterior y el hecho de que deba limitarse la inspección a lo estrictamente necesario, una investigación de tal alcance como la que posibilita la nueva ley pudiera suponer en algunos casos vulneración de algún derecho fundamental si no se actúa con cautela y dentro de los límites legales estrictos. Se observa, además, que la inspección que en tiempos anteriores fue tal vez excesivamente pasiva, se realiza por el contrario en los últimos tiempos con técnicas y formas demasiado agresivas.

Debe recordarse que toda vez que la orden de inspección tiene que establecer el objeto de ésta, los sujetos inspeccionados y la finalidad de la inspección, lo que viene en definitiva a configurarla y establecer sus límites, cualquier actuación más allá de estos parámetros podrá suponer un abuso de poder, que puede llevar a la violación de derechos constitucionalmente protegidos, algunos de los principales antes enumerados.

Comentaremos a continuación algunos supuestos más habituales en la práctica donde es necesario tener en consideración los límites legales de la actuación inspectora.

a) *Documentos relacionados con el objeto de la inspección*

El art. 40.2.b LDC habilita a la inspección para «verificar los libros y documentos relativos a la actividad empresarial, cualquiera que sea su soporte material».

Pero, como veíamos antes, el Reglamento establece que para proceder a la inspección deben ir provistos de una autorización del director de Investigación en la que, entre otros, se indique el objeto y finalidad de la inspección, los datos y documentos que hayan de ser objeto de la misma y el alcance la inspección (art. 13.3 del Reglamento).

Resulta necesario que en la orden de inspección quede señalado de forma clara que los documentos aprehendidos han de ser útiles para esclarecer los hechos investigados y que los documentos no deben serlo en fraude de las garantías constitucionales y que la finalidad de la citada orden y registro en el domicilio deben venir referidas a determinados hechos que pudieran ser constitutivos de infracción de la LDC.¹⁵

Como tiene señalado el TJCE, en la orden de investigación es obligado que conste cuál debe ser el objeto de la investigación a fin de que la empresa investigada comprenda el alcance de su deber de colaboración y pueda ejercer su derecho de defensa (asuntos acumulados C-46/87, 227/88 *Hoechst/Comisión*).

Con gran precisión el TJCE y la antes citada Sentencia de 22 de octubre de 2007 *Raquette Freres S.A.* señalan los elementos que debe contener la orden de investigación, coincidentes en lo fundamental con los señalados por el art. 13.3 del Reglamento español y que la sentencia matiza y explicita.

Parece claro que en ningún caso estarán permitidas inspecciones genéricas sin fundamentos concretos y fines específicos que impliquen inspeccionar por si se encuentra algo o con el solo fundamento de simple sospecha de posible infracción. Ello, por otro lado, no implica que los inspectores sólo puedan acceder a los documentos que expresamente consten en la orden de investigación, pues es evidente que no resulta posible imaginar de antemano todos, pero no pueden extender la inspección a documentos no relacionados con el objeto y fin de la investigación.

Lo mismo cabe decir para el supuesto en que se haya recurrido a una autorización judicial para la entrada en el domicilio de una empresa con el fin de practicar una inspección. Para autorizar el juez debe contar con la orden de investigación a fin del control de la legalidad en los términos en que habilita la LDC y en su caso dictará el correspondiente auto en el que, entre otros extremos, deberá constar el objeto y finalidad de la inspección y sus límites.

Sin embargo se observa que la CNC viene aplicando criterios muy distintos, defendiendo la postura de que durante la inspección pueden copiarse todos los documentos que tenga por conveniente y llevárselos sin discusión alguna con la inspeccionada sobre su procedente. En opinión de la CNC, si existe discrepancia, podrá ello dirimirse ante los tribunales, pero no durante la inspección, ya que de

15. Guillén Caramés, J. *op. cit.*, p. 259.

otra forma se entorpecería su eficacia y normal desarrollo. Esta postura ha sido mantenida por la CNC en sus Resoluciones de 3 de octubre de 2008, expedientes CP España, *STANPA* y *L'Oreal*.

Para comprender la dimensión del problema debe señalarse que nos estamos refiriendo a inspecciones en que el mayor volumen de documentación se almacena en ordenadores y en que la actitud de los inspectores es volcar el contenido completo de las bases de datos para llevárselas y posteriormente analizarlas, realizado lo cual se apartan del expediente y se devuelven algunas de aquellas que no tengan relación con la inspección. Ello, a juicio de la CNC, no supone actuación irregular alguna (Resolución de 3 de octubre de 2008, *CP España*). Creemos que este tipo de actuaciones exceden de los límites que al efecto establece la ley y que pueden comprometer el respeto, que en todo momento se debe tener con los derechos fundamentales de los inspeccionados.

b) Derecho al secreto de las comunicaciones entre abogado y cliente

La unanimidad de la doctrina, también la jurisprudencia, reconocen que las facultades de investigación de la Administración están limitadas por el derecho fundamental a la legítima defensa que tienen todos los administrados.

Para hacer realidad este derecho constitucional se exige, por un lado, el deber de secreto profesional, que tiene el abogado de los documentos relacionados con el asesoramiento legal de su cliente, y, por otro, el derecho al secreto de las comunicaciones entre abogado y su cliente que ampara a éste de no desvelar documentos directamente relacionados con el asesoramiento legal que le ha proporcionado su abogado.

La obtención indiscriminada y masiva de documentos por parte de los inspectores adquiere especiales dimensiones si entre los mismos se accede a comunicaciones del abogado con su cliente sometido a inspección en los que le asesora legalmente.

El TDC, en su Resolución de 22 de julio de 2002, *Pepsi-Cola/Coca-Cola*, reconoció la aplicación a la materia que nos ocupa del principio del secreto de las comunicaciones entre el abogado y su cliente, citando además que se ha configurado como un principio del derecho comunitario a partir de la STJCE de 18 de enero de 1982, asunto *AMQS*, y del auto del Tribunal de Primera Instancia de 4 de abril de 1990, asunto *Hilti*.

En la más reciente Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, asunto *Akzo*, se reconoce, en este contexto, que la empresa sometida a inspección tendrá derecho a negar a los agentes de la Comisión la posibilidad de consultar, incluso someramente, documentos concretos que considere que gozan de protección en virtud de la confidencialidad. Pero además señala que el hecho de que la Comisión no pueda utilizar los documentos protegidos como elementos de prueba no es suficiente para reparar o eliminar los perjuicios que resulten del hecho de que la Comisión adquiera conocimiento del contenido de dichos documentos. Incluso en esta sentencia se da solución al supuesto en que la Comisión, pese a las alegacio-

nes de la empresa, considere que un documento no está protegido por la confidencialidad de las comunicaciones entre el abogado y su cliente. En tal supuesto, los agentes de la Comisión podrán introducir una copia del documento o documentos en un sobre lacrado y llevárselo a la espera de lo que resulte, debiendo esperar a que haya finalizado el plazo para recurrir. Esta doctrina no parece que resulte compatible con la mantenida por la CNC en su citada Resolución del Consejo, *L'Oreal*, antes citada, donde por el contrario mantiene que se puede tener conocimiento de este tipo de documentos y en último extremo será el Consejo o los Tribunales *a posteriori* quienes determinen si están o no protegidos por el secreto.

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre esta cuestión, señalando que si, en el curso de una inspección, al pedir los datos y antecedentes se penetrase en el ámbito de las relaciones profesionales entre el cliente y su abogado, podrá el inspeccionado negarse a facilitar datos que supusiesen la violación del secreto profesional. En el supuesto de no existir acuerdo sobre cuál es la zona específica de las relaciones cubiertas por el secreto profesional, los Tribunales de Justicia son los encargados de tal delimitación, como se señala en la STC de 26 de noviembre de 1984. En definitiva, ante la posibilidad de una presunta violación del secreto profesional deben ser los Tribunales los que diriman antes de permitirse el acceso al documento.

c) Protección del domicilio

La inviolabilidad del domicilio es un derecho fundamental que hoy nadie discute. Reconocido como tal en nuestra Constitución,¹⁶ como en la restricción de todo derecho fundamental rige el principio de reserva de ley (STC 70/2002 de 30 de abril) que en este caso ampara la LDC.¹⁷ Por ello, una vez más debemos insistir en que la orden de inspección debe contener de forma clara los requisitos que concreta el art. 13.3 RDC: objeto y finalidad de la inspección; sujetos investigados; datos, documentos y otros elementos que hayan de ser objeto de inspección; fecha en la que la inspección vaya a practicarse, y alcance de la misma.

Por otro lado, este derecho fundamental no sólo supone que para acceder al domicilio se tenga que contar con el consentimiento del titular del derecho, o en otro caso, con una autorización o mandamiento judicial —según los supuestos—, sino que también hay que controlar que la autoridad no actúe de forma arbitraria o más allá de lo que establece la autorización judicial. Según tiene señalado el TC, en la entrada y reconocimiento del domicilio juega con el máximo rigor el principio de proporcionalidad, que exige una relación ponderada de los medios empleados con el fin perseguido para evitar el sacrificio innecesario excesivo de los derechos fundamentales (STC 66/1985). Y según también ha dicho el TC, «el principio de

16. Art. 18.2.

17. Art. 40 LDC desarrollado por el apartado 2 del art. 13 del Reglamento.

proporcionalidad inherente al valor justicia y muy cercano al de igualdad, se opone frontalmente a la arbitrariedad de los poderes públicos, cuya interdicción proclama el art. 9 de nuestra Constitución» (STC de 23 de febrero de 1995).

Por su parte, también el TEDH viene exigiendo la imposición de garantías y cautelas que eviten comportamientos arbitrarios en la ejecución (STEDH de 30 de marzo de 1989, caso *Chappell*, y de 16 de diciembre de 1992, caso *Niemietz*).

Según ha establecido el TJCE, «el principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, exige que los actos de las instituciones comunitarias no rebasen los límites de lo que resulta apropiado y necesario para el logro de los objetivos legítimamente perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos» (Asunto C133-93, *Crispoltoni c. Fattoria Autonoma Tabacchi*).

En definitiva, el principio de proporcionalidad va a exigir que el objetivo perseguido por una verificación de las autoridades de competencia no sólo sea legítimo sino que se empleen los medios adecuados y menos gravosos en su consecución, evitándose con ello el sacrificio innecesario de derechos fundamentales, tales como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, el derecho de defensa, el derecho a la intimidad de los empleados y directivos y el derecho a la protección de sus datos personales, todos ellos reconocidos no sólo en nuestro país sino también a nivel de la Unión Europea.

Especial relieve de protección debe alcanzar el derecho a la inviolabilidad del domicilio cuando se ejerce la función de verificación, que la vigente LDC incorpora por primera vez, en los domicilios privados de los empresarios, directivos u otros empleados. Ello es debido a su carácter excepcional dentro del elenco de funciones de investigación que proporciona la LDC y desarrolla su Reglamento. La LDC, en su art. 40 a), habilita para acceder al domicilio particular de aquellos antes señalados. A diferencia de las facultades que se establecen más arriba respecto a los domicilios de las empresas que se extiende a los terrenos y medios de transporte, aquí se limita al domicilio. Más las inspecciones que pueden llevarse a práctica en los domicilios de los empresarios, administradores y otros miembros del personal, que no se concretan, tendrá el carácter de extraordinario, toda vez que el Reglamento establece que deben existir indicios fundados de que en dichos domicilios particulares puedan encontrarse libros u otra documentación relacionada con la empresa y con el objeto de la inspección que puedan servir para probar una infracción grave o muy grave. La finalidad y objeto de la inspección, junto con la acreditación de indicios fundados de que se encuentre documentación de la empresa relacionada con aquélla, siempre y cuando sirvan para probar una infracción grave o muy grave, son los elementos que legalizan tan excepcional facultad. Sin la concurrencia pues de todos y cada uno de los requisitos señalados no procederá la inspección domiciliaria. De no existir consentimiento del afectado para la entrada en su domicilio, deberá obtenerse autorización judicial.

Se tendrá en cuenta en estos supuestos de inspecciones en domicilios privados que tanto por lo señalado en la ley como en su reglamento éstas tienen objetivos concretos que no podrán sobrepasarse. En especial debe señalarse que se centrarán en los libros y documentos de la empresa y no en los privados, cuidando que el principio de proporcionalidad, que especialmente rige en una inspección en domicilios privados, no conculquen derechos fundamentales como el de la intimidad, el derecho a la protección de los datos personales de los titulares del domicilio en que se realiza la inspección y de secreto de las comunicaciones cuya protección alcanza a los correos electrónicos privados.

d) Derecho de defensa

Si bien a través de recursos o revisiones posteriores puede corregirse en algunos supuestos la vulneración del derecho de defensa, su protección constitucional obliga a que, *a priori*, se impida su violación.

El Tribunal de Justicia tiene señalado en STJCE de 18-X-1989 *Orkem*: «Si bien el derecho de defensa debe respetarse en los procedimientos administrativos que puedan dar lugar a una sanción, el mencionado derecho puede quedar dañado irremediabilmente en la fase de investigación previa con la obtención de pruebas ilegales».

También el TJCE en asuntos acumulados C46/87, 227/88, *Hoechst AG c. Comisión*; asuntos acumulados 97/87, 98/87 y 99/87, *Dow Chemical Ibérica, S.A., y otros c. Comisión*, tiene declarado que «es una exigencia fundamental no sólo para poner de manifiesto el carácter justificado de la intervención que se pretende realizar en el interior de las empresas afectadas, sino también para que éstas estén en condiciones de comprender el alcance de su deber de colaboración, preservando al mismo tiempo su derecho de defensa».

Las características especiales del procedimiento en materia de defensa de la competencia lo distinguen de otros procedimientos sancionadores. Así, aunque no exista en el momento de la inspección procedimiento sancionador incoado y se estuviese en una fase de investigación previa, los medios que habilita la ley al sancionar fuertemente la posible obstrucción a la labor inspectora y la consideración de tal situación a criterio de los inspectores, es evidente que se coloca a la inspeccionada en una situación de indefensión al no poder impedir, bajo amenaza de sanción, que se lleve a cabo la inspección. Así el artículo 62 LDC prevé que no someterse a la inspección ordenada o no facilitar la información requerida será sancionable con multa. En tales circunstancias difícil resulta resistirse a una inspección aunque la misma se extralimite en sus funciones al no concretar el objeto y finalidad de la misma.

Como señala el TPI, sentencia de 8 de julio de 2008, en el asunto T99/04, *AC- Truhana AG c. Comisión*, la Dirección de Investigación, en fase de investigación reservada, debe evitar que el derecho de defensa pueda quedar irremediabilmente comprometido en este momento, ya que las medidas de investigación

practicadas no pueden «disociarse desde un punto de vista material de la existencia de una sospecha, y por tanto de una imputación implícita», por lo que es preciso informar a la empresa afectada, al tiempo de la primera medida adoptada respecto a ella, del objeto y finalidad de la inspección, «lo que exige precisar las presunciones de infracción, y que en ese contexto conozca el hecho de que puede estar expuesta a imputaciones ligadas a esa posible infracción, par que pueda tomar las medidas que estime oportunas en oposición a los cargos y preparar así su defensa en la fase contradictoria del procedimiento administrativo».

No se trata pues de actos de mero trámite, ni cabe ampararse en que al no existir una acusación concreta en la fase previa de investigación no se produce indefensión.

e) El derecho de no autoinculparse

También debemos referirnos a la proporción que debe mediar en supuestos en los que los inspectores, con fundamento en la facultad que les proporciona el art. 40.2.f), soliciten a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o asociaciones de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y finalidad de la inspección. Evidentemente con ello no se puede violentar el derecho fundamental a no autoinculparse, pero aquellas funciones tampoco pueden considerarse como carentes de contenido, como señalábamos anteriormente.

El deber de colaboración que impone la LDC obliga a que tendrán que responder de aquello que conozcan sobre la existencia de un documento o de su paradero y en definitiva colaborar con los inspectores en el desarrollo de la inspección en lo que esté relacionado con su objeto y finalidad sin que puede violentarse en ningún supuesto el derecho a no autoinculparse.

f) Derechos de las personas físicas que pueden verse afectados por las inspecciones

No sólo en el supuesto de inspecciones realizadas en los domicilios privados de administradores y otros directivos de las empresas podrán verse comprometidos los derechos fundamentales que como personas físicas les reconoce el ordenamiento jurídico. Si bien en aquellos supuestos podría infringirse por la inspección su derecho a la inviolabilidad del domicilio, como ya veíamos antes, y su derecho a la intimidad personal y familiar que reconoce el art. 10.2 CE, supuestos de otros derechos fundamentales como el derecho a la protección de los datos personales y el derecho al secreto de las comunicaciones podrían verse afectados no sólo en casos de inspecciones en domicilios privados, sino también en los más comunes de inspecciones en los domicilios de las empresas. Estos derechos corren serios riesgos de ser infringidos, toda vez que se utilizan volcados indiscriminados de datos que se contienen en los ordenadores personales, tanto fijos como portátiles, e incluso las agendas electrónicas de los directivos y otro personal de las empresas inspeccionadas. En muchos supuestos no se tiene conciencia clara de que, también en las ins-

pecciones que llevan a cabo las autoridades de la defensa de la competencia, se debe ser riguroso en el respeto de los derechos fundamentales de las personas físicas.

Brevemente se examina a continuación el contenido de los derechos fundamentales a la protección de los datos personales y de secreto de las comunicaciones, así como algunas cautelas que deben adoptarse para que no resulten infringidos con ocasión de las actuaciones inspectoras.

f.1) El derecho fundamental a la protección de los datos personales¹⁸

Desde la definición que de este derecho fundamental hace el TC en su ya célebre STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000, ya nadie discute su vigencia y contenido.

Como dice el TC en su referida sentencia, «el derecho fundamental a la protección de los datos persigue garantizar a esa persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, con el propósito de impedir su tráfico ilícito y lesivo para la dignidad y derecho del afectado». Y un poco más adelante afirma: «El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre estos datos».

El derecho a la protección de los datos de carácter personal también ha sido reconocido como derecho fundamental autónomo por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 8).¹⁹

Este derecho fundamental viene protegido en nuestro país por la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y a nivel comunitario europeo, por la Directiva 95/46 CE principalmente.

Se señala en la ley española que dato de carácter personal es cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables (art. 3.a LOPD).

También la LOPD establece qué se entiende por tratamiento de datos: «Operaciones y procedimientos técnicos de carácter automatizado o no que permiten la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, bloqueo y cancelación, así como las cesiones de datos que resultan de comunicaciones, consulta, interconexiones y transferencias» (art. 3.a LOPD).

A la vista de lo anterior, es evidente que los funcionarios de la CNC en el ámbito de una inspección realizan no sólo tratamientos de datos, en su acepción más genérica, sino también tratamiento de datos personales.

Como señala el TC, «El derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre sus datos. Esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las dichas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso o divulgación indebidos de dicha información» (STC 292/2000).

18. Fernández López, J.M. 2010. «Funciones inspectoras de las autoridades de defensa de la competencia y sus límites», en *Publicidad, Defensa de la Competencia y Protección de Datos*, Aranzadi, p. 217 y ss.

19. Aprobada en la cumbre de Niza el 12 de diciembre de 2000.

Examinaremos de forma sucinta qué datos están habilitados a tratar, con qué límites, para qué finalidades y en qué circunstancias.

Según se deriva de la propia definición que la LOPD da de datos de carácter personal y del ámbito objetivo de aplicación que concreta el art. 2 del Reglamento de desarrollo de la Ley,²⁰ es evidente que la legislación sobre protección de datos no se aplicará a las personas jurídicas, ya que se protegen los datos de carácter personal, concernientes a personas físicas.

También señala el art. 2.2 del Reglamento la no aplicación a los ficheros que se limitan a incorporar los datos de personas físicas, que prestan sus servicios a personas jurídicas, consistentes únicamente en su nombre, apellidos, funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax. Tampoco se aplicará a los empresarios individuales, cuando hagan referencia a ellos en su calidad de comerciantes, industriales o navieros.

Así pues, la LOPD se aplicará a todo tratamiento de datos de carácter personal referidos a personas físicas con las solas excepciones señaladas.

Como se señala antes, los inspectores de la CNC tratarán datos personales como consecuencia de ejercer sus funciones inspectoras, toda vez que fundamentalmente a través de los volcados masivos de los discos duros de los ordenadores no se repara en distinguir y evitar que se acceda, entre otros datos personales, a los correos electrónicos personales y otros documentos privados de los directivos y personal de las empresas inspeccionadas.

Hay que señalar que el tratamiento de datos de carácter personal sólo podrá realizarse con el inequívoco consentimiento del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa (art. 6.1 LOPD). Entre las excepciones que se establecen al consentimiento del afectado, interesa aquí la previsión del art. 10.3.a) del Reglamento que excepciona del consentimiento cuando «a) los datos se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de las competencias que les atribuya una norma con rango de Ley o una norma de derecho comunitario». No existe ley habilitante alguna respecto de la recogida, tratamiento y cesión de dato personal alguno, en el supuesto que nos ocupa.

Pero, además, en todo tratamiento de datos deberán observarse todos los principios que al efecto marca la LOPD, en especial, y a los efectos que aquí interesan, el de calidad de datos, que obliga a que los datos de carácter personal sólo podrán recogerse y someterse a tratamiento cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito de las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido (art. 4.1 LOPD), no pudiendo usarse para finalidades distintas de aquéllas para las que se hubiesen recogido (art. 4.2 LOPD).

En consecuencia con todo lo anterior, aplicado al supuesto de las inspecciones de las autoridades de defensa de la competencia, se pueden señalar algunas conclusiones:

20. Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

- Si bien los inspectores de la CNC están legitimados para acceder a los locales de la empresa y sus asimilados para verificar libros y otros documentos relativos a la actividad empresarial y obtener copias (art. 40 LDC), no están habilitados para acceder a bases de datos ni obtener ninguno de ellos ni someterlo a tratamientos si éstos son ficheros personales de los directivos y demás empleados que contienen datos personales ajenos a la labor empresarial, tales como los correos electrónicos personales de aquéllos.
- En las inspecciones que pudieran acordarse en los domicilios particulares de los administradores y demás personal de la empresa, para lo que habilita el citado art. 40 LDC, deberá limitarse la labor inspectora a supuestos en que existan indicios fundados de que en dichos domicilios privados pueden encontrarse libros u otros documentos relacionados con la empresa, limitándose en su caso la inspección a éstos. En ningún caso podrá accederse a los ficheros privados de aquéllos, informatizados o no, que contengan datos personales.
- Los vaciados masivos de ficheros informatizados sin previa comprobación de que no contienen datos personales puede suponer una grave infracción de la legislación sobre protección de datos, que puede ser denunciada por el afectado ante la AEPD, quien podrá intervenir incluso dictando medidas cautelares que impidan tratamientos masivos de estos datos (art. 37 LOPD).

f.2) El secreto de las comunicaciones

Recientemente se ha vuelto a plantear por la doctrina si el auto judicial que habilita en vía penal la entrada y registro domiciliario es suficiente cobertura judicial para entender autorizado también el acceso a los contenidos de los ordenadores que pudieran intervenir y más en concreto para acceder a los correos electrónicos que se encuentren gravados en su memoria. O por el contrario, bien el propio auto de entrada y registro u otra resolución judicial independiente deben contener motivaciones específicas sobre la interceptación de la correspondencia o las comunicaciones privadas, para acceder al contenido de los correos electrónicos.²¹

El correo electrónico es una forma de comunicación privada que recibe la protección que le brinda el ordenamiento jurídico; en particular la protección constitucional de secreto de las comunicaciones salvo resolución judicial.²² La resolución judicial que autoriza el acceso al contenido del correo electrónico debe, como en todo supuesto de restricción de un derecho fundamental, contener los requisitos constitucionales habilitados para ello. Tanto en el supuesto en que la comunicación se esté produciendo en el momento de la interceptación, esto es, que la comunicación esté en proceso de transmisión, como en el supuesto de que el correo haya

21. Choclán Montalvo, S.A. 2010. «La necesidad de segundo mandamiento para el acceso a los contenidos de los mensajes de correo electrónico», *Otrosí* nº 3, julio, p. 17 y ss.

22. Art. 18.3 CE.

sido recibido y leído por su destinatario y posteriormente archivado, la protección jurídica alcanza a ambos supuestos, como tiene señalado el Tribunal Constitucional en SSTC 114/1984, 34/1996 y 70/2002, entre otras.

Como también tiene señalado el TC, el mensaje de correo electrónico constituye un medio de comunicación privada que tiene la protección constitucional de secreto, conceptualmente indisoluble de la intimidad, «ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás».²³ Pero además, incluso el art. 197.1 del Código Penal ofrece tutela frente a intromisiones en el correo electrónico. Por su parte, el art. 35 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, recuerda la necesidad de autorización judicial para la interceptación de contenidos, con pleno respeto del derecho al secreto de las comunicaciones en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por otro lado, el art. 579.1 LECrim dispone que el juez pueda acordar la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica que el procesado remitiese o recibiese, luego sólo pueden intervenir los mensajes de correo electrónico que remitiese o recibiese el imputado, sin que la medida pueda alcanzar a todos los eventuales usuarios de los equipos informáticos.²⁴

Todo lo hasta aquí dicho es trasladable al supuesto de las inspecciones de las autoridades de competencia. Si bien la LDC habilita para acceder a los equipos informáticos de las empresas, una vez que el legal representante de la inspeccionada ha consentido en la entrada en el domicilio de la empresa o dicha entrada la ha habilitado una autorización judicial, se podrá inspeccionar exclusivamente la documentación correspondiente a la empresa inspeccionada. Ni aquella ley ni ninguna otra posibilitan ni permiten el acceso a correos personales de los directivos ni demás personal de la inspeccionada. Así, los volcados masivos de los discos duros de los ordenadores de las empresas que algunas veces llevan a cabo los inspectores de la CNC podrían contravenir al derecho al secreto de las comunicaciones de las personas físicas, pudiendo incluso estar tipificada dicha actuación en los ilícitos que señala el art. 197 del Código Penal. La problemática que se plantea con este tipo de actuaciones no es baladí y obliga al menos a sus autores a reflexión, a fin de acomodar mejor las intervenciones inspectoras al marco de la legalidad sin que ello suponga restar eficacia a una función de la importancia y necesidad como es las verificaciones en el ámbito de la competencia.

Al hilo de las anteriores reflexiones sobre algunas de las exigencias que la legalidad impone en un Estado de derecho, bueno es recordar que, según tiene declarado el TC, un proceso penal instrumentado para la *inquisitio generalis* es incompatible con los principios que inspiran el proceso penal en un Estado de derecho como el que consagra nuestra Constitución.²⁵

23. SSTC 73/1982 y 57/1994 entre otras.

24. Choclán Montalvo, S.A. *op. cit.*, p. 20

25. SSTC 32/1994, de 31 de enero; 63/1996, de 16 de abril; 41/1998, de 24 de febrero, y 87/2001, de 2 de abril.

Sin demasiada imaginación trasladada la anterior doctrina al procedimiento administrativo sancionador en defensa de la libre competencia, debemos concluir insistiendo en que no es compatible con las exigencias constitucionales la realización de inspecciones sin precisar su objeto, las causas y la finalidad de cada una en concreto.

LOS INSTRUMENTOS DE COORDINACIÓN EN EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS EJECUTIVAS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

ÁNGEL FARCÍN DE LA OBLICIÓN

Vicesecretario del Ministerio de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid

1. INTRODUCCIÓN

El tema del presente de discusión radica en la aplicación administrativa del derecho en la competencia, derivado del reparto constitucional y ejecución de competencias operativas entre el Estado y las comunidades autónomas dependientes, en particular, de la propia distribución competencial y de la relación coordinadora de la comunidad autónoma de Madrid.

En primer lugar, cabe recordar que nuestra responsabilidad en la Ley 1/2002, de 14 de febrero, de Coordinación de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de Defensa de la Competencia surge legalmente, aparte de mantener las competencias de coordinación que siempre se han ejercido, en virtud de la necesidad que presentan el ejercicio de las competencias operativas de las comunidades autónomas, en la materia y los mecanismos de cooperación en el ámbito de los conflictos competenciales en sede judicial y extrajudicial.

También cabe recordar desde la entrada en vigor de la Ley 1/2002, consolidada la propia estructura de defensa de la competencia y la nueva estructura institucional de la comunidad autónoma según la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), la experiencia acumulada permitiendo hacer un balance global del sistema diseñado por la Ley 1/2002 y, en particular, de los resultados de la resolución vertida por el Tribunal Constitucional en la ST 200/2009, de 11 de noviembre. Así, respecto a lo que afecta a los conflictos de esta materia, cabe que

LOS INSTRUMENTOS DE COORDINACIÓN EN EL EJERCICIO DE LAS COMPETENCIAS EJECUTIVAS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

MARTA GARCÍA DE LA CALZADA

Vicepresidenta del Tribunal de Defensa de la competencia de la Comunidad de Madrid¹

1. INTRODUCCIÓN

El éxito del proceso de descentralización en la aplicación administrativa del derecho de la competencia, derivado del reparto constitucional y estatutario de competencias ejecutivas entre el Estado y las comunidades autónomas depende, en gran medida, de la precisa delimitación competencial y de la efectiva coordinación de las actuaciones administrativas en esta materia.

Ambos objetivos debieran encontrar respuesta en la Ley 1/2002, de 16 de febrero, de Coordinación de Competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en materia de defensa de la competencia, texto legal que, aparte de establecer los instrumentos de coordinación que anuncia su título, determina los criterios de conexión que permiten el ejercicio de las competencias ejecutivas de las comunidades autónomas en la materia y los mecanismos de «prevención» del planteamiento de conflictos competenciales en sede jurisdiccional o constitucional.

Transcurridos varios años desde la vigencia de la Ley 1/2002, consolidados los órganos autonómicos de defensa de la competencia y la nueva estructura institucional de la autoridad estatal surgida de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), la experiencia acumulada permite hacer un juicio crítico del sistema diseñado por la Ley 1/2002 y, en particular, de los resultados de la coordinación reclamada por el Tribunal Constitucional en la ST 208/1999, de 11 de noviembre. Anticipando lo que serán las conclusiones de este trabajo, creo que

1. Las opiniones expresadas en el texto son personales y no vinculan al Tribunal de Defensa de la Competencia de la Comunidad de Madrid.

el balance, al menos en términos generales, es satisfactorio; pero este resultado no es mérito de la corrección del diseño de la Ley 1/2002 que, en mi particular opinión, no ha atendido correctamente a su finalidad declarada: ni ha precisado claramente los puntos de conexión determinantes de la atribución competencial ni, en rigor, ha creado instrumentos de coordinación que puedan ser reconocidos como tales, en el sentido que se dirá. Si la aplicación descentralizada del derecho de la competencia ha funcionado correctamente, de manera eficaz y uniforme, ha sido gracias a la lealtad institucional y a los esfuerzos de colaboración que ha presidido la praxis de los distintos órganos de defensa de la competencia —lealtad y colaboración que, aunque obligada, no se manifiesta siempre con la misma intensidad en los distintos sectores de actividad administrativa sobre los que se proyectan las diversas competencias de los entes territoriales—, lo que no excusa para que en un trabajo como el presente se proponga una reflexión sobre el modelo establecido por la Ley 1/ 2002 y su eventual revisión y mejora.

El desarrollo de lo anunciado debe ir precedido de unas breves consideraciones sobre el principio de coordinación en la materia de defensa de la competencia.

2. LA COORDINACIÓN ENTRE ADMINISTRACIONES TERRITORIALES

Con carácter general, la coordinación es consustancial al reparto y ejercicio de competencias que resulta de la organización territorial del Estado que exige establecer fórmulas y cauces de relación entre unas y otras Administraciones territoriales en el ejercicio de las competencias que para la gestión de sus intereses respectivos les correspondan.²

Es imposible abordar en un trabajo de esta extensión las múltiples y distintas concepciones doctrinales y jurisprudenciales sobre el principio de coordinación entre Administraciones territoriales que proyectan sus respectivas competencias sobre la misma realidad material, bien sea de forma exclusiva, compartida o concurrente, tantas y tan diferentes son las concepciones de la coordinación (principio de actuación, resultado fruto de las facultades decisorias, competencia general, etc.) y, sobre todo, la confusión recurrente con otros conceptos como la cooperación o la colaboración³.

En todo caso, sí debemos establecer dos premisas:

2. Como señala la STC 27/1987, de 27 de febrero: «Dado que cada organización territorial dotada de autonomía es una parte del todo, no cabe deducir de la Constitución que en todo caso corresponda a cada una de ellas un derecho o facultad que le permita ejercer las competencias que les son propias en régimen de estricta y absoluta separación. Por el contrario la unidad misma del sistema en su conjunto, en el que las diferentes entidades autónomas se integran, así como el principio de eficacia administrativa (artículo 103.1 de la CE) que debe predicarse no sólo de cada Administración Pública sino del entero entramado de los servicios públicos, permiten, cuando no imponen al legislador establecer fórmulas y cauces de relación entre unas y otras Administraciones locales y de todas ellas con el Estado y las Comunidades Autónomas en el ejercicio de las competencias que para la gestión de sus intereses respectivos les correspondan».
3. Al efecto puede consultarse la exposición detallada de doctrina y jurisprudencia que sobre esta materia hace el profesor Guillem Camarés en *Libre Competencia y Estado Autonómico*, 2005, p. 187 y ss.

- La coordinación general como competencia estatal persigue (STC 32/1983, de 28 de abril) la integración de la diversidad de las partes o subsistemas en el conjunto o sistema, evitando contradicciones y reduciendo disfunciones que, de subsistir, impedirían o dificultarían, respectivamente, la realidad misma del sistema. Particularmente, en los supuestos en que la CE atribuye al Estado la competencia exclusiva sobre coordinación general (entre otros, artículo 149.1.13 del CE), ésta debería materializarse en «(...) la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica de determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades (...) estatales y comunitarias en el ejercicio de de sus respectivas competencias, de tal modo que se logre la integración de actos parciales en la globalidad del sistema (...). La coordinación que corresponde al Estado ex artículo 149.1.13 debe articularse de modo que en el ejercicio de dicha competencia no resulten vaciadas de contenido o limitadas irrazonablemente las correspondientes competencias autonómicas» (STC 103/1989).
- En este ámbito, una de las técnicas coordinadoras por excelencia es la denominada técnica orgánica, consistente en la creación de órganos comunes cuyas decisiones se consideran propias de todas y cada una de las esferas implicadas. Pues bien, si lo que se pretende conseguir con la coordinación es «la homogeneidad técnica de determinados aspectos y la acción conjunta de las autoridades», la forma usual y eficaz de conseguir ese resultado debe consistir en atribuir a dichos órganos funciones directivas.⁴

3. LEY 1/2002, DE 21 DE FEBRERO, DE COORDINACIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN MATERIA DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

3.1. BREVE REFERENCIA A LA STC 208/1999, DE 11 DE NOVIEMBRE

En materia de defensa de la competencia, es la Ley 1/2002, de 21 de febrero, la que incorpora a nuestro derecho positivo los instrumentos de coordinación entre el Estado y las comunidades autónomas en el ejercicio de sus respectivas competencias, cumpliendo de esta manera el mandato de la STC 208/1999, de 11 de noviembre, cuya doctrina puede sintetizarse así:

4. En este sentido, coincido con las consideraciones de González Pérez y González Navarro cuando afirman que «esa finalidad, resultado apetecido -y, apetecible, por necesario- de la coordinación sólo podrá lograrse si a estos órganos se les atribuye funciones directivas. Y ello porque esa mítica coordinación de que tanto se habla de un tiempo a esta parte es el recto ejercicio de funciones directivas (...) de modo que mientras aquellos órganos carezcan de estas funciones directivas y -como es usual- sólo tengan atribuidas funciones de estudio, de informe, etc., ese resultado de la coordinación sólo por milagro podrá obtenerse». Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común, cuarta edición, I, p. 509 y ss.

- a) Se reconocen las competencias ejecutivas de las comunidades autónomas en materia de defensa de la competencia, limitadas a aquellas actuaciones ejecutivas que hayan de realizarse en su territorio y que no afecten al mercado supraautonómico. Es exclusiva la competencia estatal sobre la legislación en la materia y sobre las actividades ejecutivas que determinen la configuración real del mercado con trascendencia extracomunitaria, relativas a aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional, aunque tales actuaciones se realicen en el territorio de las comunidades autónomas.
- b) Corresponde al legislador estatal, ex artículo 149.1.13 CE, establecer los criterios de conexión pertinentes que permitan el ejercicio de las competencias ejecutivas autonómicas –razón por la que se difiere la nulidad de los preceptos declarados inconstitucionales– y articular los mecanismos de coordinación necesarios para preservar la uniformidad de la disciplina de la competencia en todo el territorio nacional.

Ambas finalidades debían ser cumplidas por una ley estatal cuya publicación se demoró varios años desde la resolución constitucional: la Ley 1/2002.

3.2. CRITERIOS DE CONEXIÓN. ARTÍCULO 1 DE LA LEY 1/2002

No podemos detenernos en el análisis de la adecuación constitucional –por cierto, bastante polémica en la doctrina– de los criterios de conexión que delimitan genéricamente el ejercicio de las competencias ejecutivas por parte del Estado y las comunidades autónomas, en especial el relativo al alcance territorial de los efectos de las conductas, mencionado en los apartados 1 y 3 del artículo 1 de la Ley 1/2002. Pero, sin necesidad de cuestionar su constitucionalidad, creo que existen razones fundadas –que, finalmente, se habrán de contrastar en el conflicto constitucional de competencias formalizado entre el Estado y la Comunidad de Madrid ante el Tribunal Constitucional, al que luego aludiré– para sostener interpretaciones diversas sobre el alcance de las competencias ejecutivas autonómicas derivadas del criterio de conexión territorial establecido por el legislador de 2002: desde la interpretación más estricta (exclusividad de los efectos antitrust en el ámbito geográfico autonómico) hasta una más flexible (la competencia autonómica no se pierde por la existencia de efectos restrictivos extraautonómicos no sensibles, indirectos o reflejos).

En lo que a este trabajo interesa, lo relevante es que esta circunstancia es, a la postre, reflejo del grado de indeterminación de los criterios de conexión establecidos en la Ley 1/2002 que se va a tratar de paliar, al menos en parte, a través de la actividad coordinadora de los órganos que se crean en la Ley 1/2002, sin que ni éste sea el camino correcto (la precisa delimitación competencial debería ser el prius no el objeto de la coordinación) ni el más eficaz, dado el limitado alcance legal de las funciones, básicamente consultivas, de los dos órganos creados por la

Ley 1/2002: el Consejo de Defensa de la Competencia y la Junta Consultiva en materia de Conflictos.

3.3. MECANISMOS DE COORDINACIÓN EN LA LEY 1/2002

Si la definición legal de los puntos de conexión no es ejemplo de la mejor técnica legislativa, la configuración legislativa de los mecanismos de coordinación tampoco merece un aplauso entusiasta: como se verá a continuación, a salvo la legitimación del Estado para comparecer en los procedimientos tramitados por las comunidades autónomas, ninguno de los instrumentos previstos en la Ley 1/2002 reviste ese carácter directivo, o si se quiere decisorio, connatural a la coordinación y capaz de garantizar *per se* la uniformidad en la aplicación de la normativa de defensa de la competencia y el armónico desarrollo de las competencias del Estado y las comunidades autónomas.

Siguiendo la Exposición de Motivos de la Ley 1/2002, su art. 5 regula tres instrumentos de coordinación:

- a) El Consejo de Defensa de la Competencia, «órgano que reúne a representantes de todas las Administraciones territoriales con competencias en la materia, cuyas funciones básicas se refieren a la centralización de la información relevante sobre la competencia en los mercados, a la discusión de los criterios conducentes a lograr la adecuada coordinación en la aplicación de la Ley y al informe de las disposiciones que regulen cuestiones relacionadas con la materia».
- b) Los mecanismos que aseguran «la completa, simétrica y recíproca información acerca de las conductas restrictivas de la competencia de las que tengan conocimiento los órganos a fin de posibilitar el ejercicio de sus funciones». Vaya por delante que ha habido que esperar a la reforma del art. 5 operada por la D.A. 10 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, para poder reconocer la simetría que enfatizaba el legislador de 2002 en la Exposición de Motivos.
- c) La legitimación del órgano estatal de defensa de la competencia para intervenir en los procedimientos tramitados por las comunidades autónomas, en calidad de interesado.

Aunque nada diga la Exposición de Motivos de la Ley 1/2002, el art. 5 finaliza con la referencia a otro instrumento de coordinación: el informe preceptivo que ha de emitir el órgano autonómico en relación con las conductas que, siendo de competencia estatal, incidan de forma significativa en el territorio de una comunidad autónoma.

4. LEY 15/2007, DE 3 DE JULIO, DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Suele ser un lugar común en los comentarios a la Ley de 2007 valorar negativamente la no integración del texto de la Ley 1/2002 en la principal norma legislativa de defensa de la competencia. Así lo entendió el propio Consejo de Estado, en su informe de 20 julio de 2006⁵ al anteproyecto de la Ley de Defensa de la Competencia, con base en que la unificación en un solo texto normativo facilitarían la aplicación de ambas normas. Con ser ello cierto, en mi opinión, existen ventajas indudables de la falta de consolidación legislativa. La primera es obvia: la conveniencia de no acrecentar la complejidad del texto sustantivo de la Ley de 2007. Además, a nadie se le oculta que la eventual reforma de la Ley 1/2002 puede abordarse con mayor facilidad como texto independiente de la LDC. Y es que la conveniencia, incluso la necesidad, de reformar la Ley 1/2002 ha sido reiteradamente planteada por la mayor parte de las comunidades autónomas, en particular, proponiendo la revisión de los criterios recogidos en la Ley 1/2002.⁶

En todo caso, la Ley de Defensa de la Competencia de 2007, además de remitir a la Ley 1/2002 en lo relativo a la coordinación de las autoridades estatal y autonómicas⁷ introduce en su D. A. 10 determinadas modificaciones del artículo 5 de la Ley 1/2002, dirigidas a hacer realidad la simetría en las relaciones entre Administraciones que anunciaba su Exposición de Motivos.

Con estas premisas abordaremos el comentario de los mecanismos de coordinación previstos en el mencionado artículo 5 de la Ley 1/2002.

5. CONSEJO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Caracterización legal

Se define como órgano de colaboración, coordinación e información recíproca entre el Estado y las comunidades autónomas para promover la aplicación uniforme de la legislación de defensa de la competencia.

Su composición es paritaria: tantos representantes de la Administración General del Estado –nombrados por el ministro de Economía y Hacienda– como representantes de las comunidades autónomas con competencia en materia de

5. En palabras del Consejo de Estado: «Compartiendo una observación que se ha reiterado en numerosas ocasiones en el expediente, el Consejo de Estado considera que hubiera sido conveniente unificar en un solo texto normativo la regulación sustantiva de la defensa de la competencia y la que contiene 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. Ello facilitaría sin duda la aplicación de tales normas y permitiría realizar todos los ajustes necesarios (remisiones de artículos, cita de órganos, etc.) en dicha regulación.»

6. El propio Consejo de Estado alude a ello en el informe citado.

7. Artículo 15.1 de la LDC: «La coordinación de la Comisión Nacional de la Competencia con los órganos competentes de las comunidades autónomas se llevará a cabo según lo dispuesto en 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.»

defensa de la competencia. Presidido por el presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, cuenta con un secretario con voz pero sin voto nombrado por el ministro de Economía y Hacienda.

Como órgano de participación y colaboración entre la Administración General del Estado y las comunidades autónomas asumirá las siguientes funciones:

- a) Realizar el seguimiento periódico de la política de defensa de la competencia.
- b) Promover el intercambio de información y la realización y publicación de estudios en los que se pongan de manifiesto los criterios seguidos por las distintas Administraciones en aplicación de la normativa de defensa de la competencia y, en su caso, la necesidad de hacer que éstos sean uniformes.
- c) Informar los proyectos de disposiciones de carácter general que afecten a la materia en las que las comunidades autónomas tienen competencias de ejecución.
- d) Elaborar directrices sobre la interpretación del apartado 2 del art. 1 de la Ley 1/2002.

A ello cabe añadir la función consultiva que se le atribuye en determinados preceptos de la propia Ley 1/2002 y la Ley 15/ 2007, de forma que el Consejo debe ser oído previamente:

- a) Al nombramiento del presidente de la Junta Consultiva en materia de conflictos.
- b) A la declaración por el Gobierno mediante real decreto de conductas exentas (art. 1.5 LDC) y las declaraciones de inaplicabilidad que dicte la Comisión Nacional de Competencia (art. 6 LDC y 43 de su Reglamento).
- c) A la publicación de las comunicaciones de la Comisión Nacional de la Competencia aclarando los principios que guían su actuación en aplicación de los artículos 1 a 3 de la LDC (D.A. 3ª de la LDC), pudiendo asumir la iniciativa de proponer su elaboración (art. 79 del RDC).⁸

El Consejo actúa en pleno, que se reunirá al menos una vez al año. Su funcionamiento se ha regulado en su Reglamento Interno, aprobado en la reunión de este órgano de 2003, completado por el relativo al funcionamiento de los grupos de trabajo que se puedan constituir en su seno «para el estudio de aspectos concretos», aprobado en 2008.

8. Permítasenos en este punto una reflexión casi telegráfica. Estas comunicaciones emanadas exclusivamente del órgano estatal de defensa de la competencia y no mencionadas en las técnicas de coordinación sí se parecen más a un auténtico instrumento coordinador o, al menos, pueden causar idéntico efecto: por más que se configure como comunicación interpretativa, su valor y seguimiento es innegable: cuando los operadores acomoden su actuación a aquélla no podrán ser sancionados por las autoridades autonómicas por falta de culpabilidad.

Naturaleza

Determinar la naturaleza del Consejo a través de su definición legal es cuestión difícil. En primer lugar, el art. 5 uno de la Ley 1/2002 califica el Consejo como órgano de colaboración, coordinación e información recíproca. Luego, al enumerar sus funciones, se dice que éstas se ejercitan en cuanto órgano de participación y colaboración. Así las cosas, y dado que el legislador no parece tener claro lo que sea la coordinación como algo distinto de la colaboración y la participación, debemos centrarnos en el alcance de las funciones atribuidas legalmente a dicho órgano para que nos indiquen su naturaleza o al menos la intensidad de la coordinación que se puede conseguir a través del mismo.

Como quiera que la casi totalidad de las funciones del Consejo enumeradas por la Ley 1/2002 son de carácter consultivo, de seguimiento de la política de defensa de la competencia y de información recíproca, debe concluirse el «débil» alcance coordinador del órgano, con la sola excepción referida a la elaboración de directrices sobre la interpretación del apartado 2 del artículo 1 de la Ley 1/2002 (función introducida por la D.A. 10 de la LDC). El resto de las facultades del Consejo delimitadas por la Ley 1/2002 carecen de eficacia decisoria o, si se quiere, directiva.

Actuaciones del Consejo de Defensa de la Competencia

Desde su creación, el Consejo de Defensa de la Competencia ha mantenido ocho reuniones.

Hasta 2008, la actuación del Consejo se centró en el seguimiento de la creación y perspectivas de los diversos órganos autonómicos de defensa de la competencia, la información de la actividad en esta materia, la puesta en marcha la REC, la información y participación en la reforma de la normativa de defensa de la competencia (Libro Blanco, Ley de Defensa de la Competencia y su Reglamento) y la aprobación de las normas de funcionamiento interno de la Junta Consultiva y del propio Consejo.

Es a partir del año 2008 cuando este órgano comienza una actividad más intensa,⁹ lo que no resulta extraño por ser el año en que se consolida el sistema, con la puesta en funcionamiento de la Comisión Nacional de la Competencia y, en especial, de los órganos autonómicos, de forma que el número de expedientes asignados a las comunidades autónomas, del total de expedientes tramitados en aplicación de la Ley 1/2002, en el periodo 2007-2009, supuso un 80% del total.¹⁰

Como relata la citada Memoria de la Comisión Nacional de la Competencia, en la sesión del año 2008, además de la audiencia sobre «el proyecto de Comunicación de multas» elaborado por la autoridad estatal, se aprueban las normas sobre constitución y funcionamiento de los Grupos de Trabajo del Consejo, constituyéndose los relativos a:

9. Memoria de la CNC 2007-2009. Se puede consultar en la web de la CNC.

10. Páginas 64 y 65 de la Memoria.

- La distribución comercial, fijando la atención en las posibles reformas del régimen de implantación de establecimientos comerciales y profundizando en otras cuestiones relativas a la distribución comercial.
- Promoción de competencia, centrado en el intercambio de opiniones y de experiencias sobre las tareas de promoción de la competencia que las autoridades de competencia pueden realizar frente a las Administraciones públicas, identificando buenas y malas prácticas en este ámbito.
- Red de Cooperación de órganos competentes en materia de Defensa de la Competencia (REC), que atiende a la necesidad de reforma de la REC tanto en cuanto a la estructura como al funcionamiento de la misma al objeto de configurar un espacio común que permita la colaboración y coordinación fluida y permanente entre todos los órganos competentes de las distintas Administraciones.
- Criterios de reparto de expedientes por aplicación de la Ley 1/2002.

Constituido como foro permanente de examen de los criterios de reparto con la finalidad de reducir la posible conflictividad mediante el análisis detallado de los casos que se han producido desde la entrada en vigor de la Ley 1/2002, al objeto de extraer conclusiones que sirvan de base para posteriores asignaciones. En todos los supuestos analizados los criterios de conexión aplicados son los previstos en los art. 1.1 y 3 de la Ley 1/2002.

El objeto de la exposición que venimos desarrollando exige una especial mención de la actividad y conclusiones elaboradas por el Grupo de Trabajo de asignación de expedientes, que fueron finalmente aprobadas en la reunión plenaria del Consejo de 2009.

Pese a ser cierto que, hasta la fecha, la aplicación de los criterios de conexión ha generado poca conflictividad, el mero hecho de considerar necesario este grupo de trabajo es ilustrativo, a mi juicio, de la indeterminación de la Ley 1/2002 en la delimitación de las competencias ejecutivas ligadas al ámbito territorial de los efectos de las conductas, a la que aludíamos al principio de este trabajo.

En cuanto al alcance que haya de darse a las conclusiones aprobadas, y sin perjuicio del reconocimiento que merece el esfuerzo de información recíproca que ha supuesto su elaboración, liderada por la autoridad de competencia estatal, debe afirmarse su falta de vinculación respecto de futuras asignaciones. Como se dijo, las funciones decisorias del Consejo, por mandato legal, se limitan a la elaboración de las directrices del artículo 1.2 de la Ley 1/2002.

Ello además es coherente con el –imperfecto por indeterminado– sistema de atribución competencial diseñado por el legislador de 2002: los criterios de asignación de los apartados 1 y 3 del artículo 1 de la Ley 1/2002 se centran en el ámbito geográfico o territorial en el que desplieguen sus efectos las conductas, mientras que el apartado 2 del mismo artículo enumera una serie de conceptos jurídicos indeterminados que deciden la atribución competencial al Estado pese al ámbito geográfico autonómico al que, eventualmente, se limiten los efectos anti-

competitivos de las prácticas. De acuerdo con ello, la determinación competencial ex artículos 1.1 y 3 de la Ley 1/2002 no reclama criterios generales y adicionales de interpretación: o la cuestión es de hecho (prueba del alcance territorial de los efectos de la conductas, que sólo puede verificarse *ad casum*) o es jurídica (determinación de si los efectos deben agotarse exclusiva o significativamente en el ámbito autonómico).

Por todo ello estimo que las citadas conclusiones tienen un valor innegable como expresión del seguimiento de la política de defensa de la competencia en materia de asignación de competencias, sin que puedan considerarse directrices o acuerdos vinculantes sobre la concreta aplicación de los criterios de asignación de expedientes, que no encuentra amparo en la determinación de las funciones del Consejo previstas en la Ley 1/2002.

Conclusiones

1. En el haber de la actuación del Consejo se debe reconocer que ha cumplido su función de seguimiento de la política de defensa de la competencia, poniendo en común los hechos relevantes relativos al proceso de descentralización y dando cuenta de los expedientes tramitados por los autoridades de defensa de la competencia y las dudas y controversias suscitadas en su asignación y sus motivos. También es positiva la constitución de Grupos de Trabajo especializados, ya que la composición y la periodicidad anual de las reuniones del órgano en pleno no permiten un funcionamiento especialmente ágil y eficaz.
2. Ahora bien, si se quiere que sus actuaciones y acuerdos tengan verdadero alcance coordinador debería plantearse la reforma legal de la lista de funciones actual incluyendo las facultades decisorias que se quiera que ejerza, vinculantes para las autoridades de defensa de la competencia, estatal y autonómicas, y respetuosas, en todo caso, con las competencias ejecutivas que a cada una corresponden. Lo que debería llevar, además, a reflexionar sobre: a) su adecuada composición –actualmente, lo integran un excesivo número de miembros con el único objeto de conseguir la paridad entre la representación estatal y autonómica, finalidad que se puede obtener con otras técnicas como el establecimiento de un sistema de voto ponderado, etc.–, y b) el grado de consenso (unanimidad, mayoría cualificada...) que los acuerdos de mayor importancia requieran. También debería valorarse la obligación de dar publicidad a los acuerdos más relevantes para conseguir la uniforme aplicación de la Ley de Defensa de la Competencia, por razones de elemental transparencia de toda actuación administrativa y por el interés que tiene para los operadores jurídicos.
3. En fin, no debería demorarse en exceso la elaboración de las directrices del art. 1.2 de la Ley 1/2002, pese a la complejidad que entraña. En otro caso, se corre el riesgo de que se pueda plantear un conflicto por aplicación de este criterio de conexión a resolver por la Junta Consultiva de Conflictos

que, de esta manera y vía informe, supliría una función que es propia del Consejo.

6. INFORMACIÓN RECÍPROCA

En segundo lugar, el art. 5 dos, letras a), b) c) y d) de la Ley 1/2002 cita como mecanismo de coordinación el que constituye, a su vez, primer paso para la resolución extrajudicial de conflictos prevista en los art. 2 y 3 del mismo texto legal: la información recíproca de las conductas restrictivas Estado – comunidades autónomas.

Pese a que la Exposición de Motivos de la misma Ley señala que «(...) dicho precepto dedica un apartado especial a los mecanismos que aseguren la completa, simétrica y recíproca información acerca de las conductas restrictivas de la libre competencia de las que tengan conocimiento los órganos competentes a fin de posibilitar el desarrollo de sus funciones», lo cierto es que la redacción inicial de este precepto no respondía estrictamente a la simetría anunciada. Esta situación resultó parcialmente corregida por la reforma introducida por la D.A. 10 de la LDC.

Tras la reforma, la información recíproca queda así:

- Las comunidades autónomas comunicarán al Estado todas las denuncias y prácticas detectadas de oficio, respecto de las que existan indicios racionales de infracción.
- La Comisión Nacional de la Competencia remitirá a los órganos autonómicos nota sucinta de las conductas detectadas de oficio y copia de todas las denuncias, respecto de las que existan indicios racionales de infracción, que se refieran a conductas que afecten a su respectiva comunidad autónoma.

En ambos casos, en la comunicación, la autoridad notificante expresará el órgano que considere competente para el conocimiento del asunto (art. 2 de la Ley 1/2002).

- La Comisión Nacional de la Competencia comunicará a los órganos autonómicos correspondientes los expedientes incoados que afecten a su territorio.

En la reunión del Consejo de Defensa de la Competencia de diciembre de 2009, se aprobó un documento que bajo la rúbrica «Procedimiento de 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» analiza e interpreta el procedimiento establecido en la Ley 1/2002, y de aquel que no estando regulado en la mencionada ley viene realizándose en la práctica, todo

ello teniendo en cuenta las consideraciones manifestadas en el ámbito de anteriores Consejos de Defensa de la Competencia y en aras a una mayor eficacia y coordinación entre autoridades.»¹¹

La información recíproca así diseñada merece el siguiente comentario:

1. La comunicación del Estado a los órganos autonómicos: conductas que afecten a la respectiva comunidad autónoma.

El sentido de la expresión legal «conductas que afecten a las comunidades autónomas» no debe entenderse sinónimo de «conductas de competencia de la comunidad autónoma respectiva», lo que resulta de una interpretación sistemática de la propia Ley 1/2002:

— El Estado, en su comunicación debe designar al órgano que considere competente para la tramitación del asunto, que podrá ser el órgano autonómico al que se dirige la comunicación o la misma autoridad estatal notificante.

El apartado d) del mismo artículo 5 dos se refiere a la comunicación a los órganos autonómicos de los expedientes incoados por el Estado que «afecten a su territorio». Se trata, evidentemente, de expedientes de competencia estatal.

— El artículo 5 cuatro, relativo a la necesidad de solicitar informe preceptivo autonómico respecto de conductas que, siendo de competencia estatal, incidan significativamente en el territorio de las comunidades autónomas, revela que el legislador no equipara la «afectación autonómica» a los supuestos de competencia de las comunidades autónomas.

— La propia finalidad de este precepto avala tal conclusión: se trata de procurar el conocimiento de las conductas con carácter previo a la incoación del procedimiento a fin de que la atribución competencial quede delimitada cuanto antes.

Así parece haberse reconocido finalmente en el documento del «Procedimiento de Aplicación de la Ley 1/2002», antes mencionado, en el que se considera procede la notificación a los órganos autonómicos de todas aquellas denuncias y actuaciones de oficio que, susceptibles de alterar la libre competencia en un ámbito supraautonómico o en el conjunto del mercado nacional y, en consecuencia, de competencia estatal, cuando el ejercicio de tales competencias haya de realizarse en el territorio autonómico.

2. Otra novedad que incluye el citado documento de «Aplicación de la Ley 1/2002» es la generalización de la práctica de una información reservada

previa a la puesta en marcha de los mecanismos de comunicación recíproca con la finalidad de conocer los elementos de hecho necesarios que permitan a ambas Administraciones, estatal y autonómica, pronunciarse sobre a quién corresponde la competencia ejecutiva. De esta forma, la autoridad que recibe la denuncia, antes de proceder a la comunicación de la conducta que ordena el art. 2 de la Ley 1/2002, si lo estima necesario, llevará a cabo las actuaciones preliminares y reservadas precisas con el único objeto de obtener la información que, después, permita a los órganos emisor y destinatario de la comunicación fundar opinión razonada sobre la atribución competencial.

Con ello se evitará la duplicidad de actuaciones que podrían emprender ambos órganos a este fin.

3. En fin, que la eventual omisión del deber de información que se comenta es una irregularidad es evidente, pero que provoque la invalidez del procedimiento que se siga es más discutible si, a la postre, éste se tramita por el órgano competente.

Además, esta irregularidad sólo podrá hacerse valer —a través de los correspondientes recursos contra los actos impugnables del procedimiento—, por los interesados o por la autoridad estatal, en este caso, haciendo uso de la legitimación que le reconoce la Ley 1/2002 y a la que nos referiremos a continuación. Las autoridades autonómicas ven limitada su reacción al planteamiento del conflicto competencial, si teniendo noticia de la tramitación del expediente, consideran que han sido desconocidas sus competencias ejecutivas.

7. LEGITIMACIÓN DEL ESTADO PARA COMPARECER COMO INTERESADO EN LOS PROCEDIMIENTOS TRAMITADOS POR LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

Con la finalidad de procurar la aplicación uniforme del derecho de la competencia, la Comisión Nacional de la Competencia puede comparecer, en calidad de interesado, en los procedimientos administrativos tramitados por los órganos de las comunidades autónomas, a cuyo efecto éstos deberán comunicar los acuerdos y resoluciones adoptados tanto en fase de instrucción como de resolución que pongan fin al procedimiento al objeto de que aquélla pueda ejercer, en su caso, el recurso contra dichos acuerdos ante las instancias correspondientes (art. 5 tres de la Ley 1/2002).

Calificado por la Exposición de Motivos de la Ley 1/2002 como «instrumento de cierre para evitar diferencias en la doctrina que se siga a la hora de aplicar el ordenamiento de defensa de la competencia» es, sin duda, el instrumento de mayor intensidad coordinadora de los previstos en el art. 5 de la Ley 1/2002. Su empleo,

a mi juicio, debe entenderse como excepcional, ya que el propio legislador lo configura como una especie de «último recurso» –instrumento de cierre, se nos dice.

En la fecha de publicación de su Memoria 2007-2009, la Comisión Nacional de Competencia indica que este instrumento se ha utilizado en dos ocasiones, sin dar noticia de los criterios que ha valorado el órgano estatal para hacer uso de esta facultad.

8. INFORME PRECEPTIVO DE LOS ÓRGANOS AUTONÓMICOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE COMPETENCIA ESTATAL Y AFECTACIÓN SIGNIFICATIVA EN EL TERRITORIO DE LA RESPECTIVA COMUNIDAD AUTÓNOMA

No se menciona en la Exposición de Motivos de la Ley 1/2002 como instrumento de coordinación. Sin embargo, se incluye precisamente en su artículo 5 cuatro dedicado a los mismos. Se trata del informe preceptivo, no vinculante, que deberá solicitar la autoridad estatal en relación con aquellas conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley de Defensa de la Competencia o los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea que, afectando a un ámbito supraautonómico o al conjunto del mercado nacional, incidan de forma significativa en el territorio de la respectiva comunidad autónoma.

Este tipo de informes preceptivos suele ser una técnica usual en el ejercicio de competencias concurrentes que corresponden a distintas Administraciones. En estos casos, la finalidad del informe es permitir el ejercicio efectivo de la competencia de una de las Administraciones, a través de un informe que se incorpora al procedimiento tramitado por otra, en el ejercicio de competencia distinta pero que recae sobre la misma realidad material, lo que, obviamente, no acontece en la actuación de las competencias ejecutivas exclusivas, no concurrentes, en materia de defensa de la competencia.

Podría entenderse que el legislador ha querido establecer una «contrapartida» menor a la legitimación estatal, considerada en el apartado inmediatamente anterior: las autoridades autonómicas no pueden intervenir como interesadas en los procedimientos de competencia estatal, pero deberán ser escuchadas cuando aquéllos tengan por objeto conductas que afecten significativamente a la comunidad autónoma.

Lo que resulta innegable es que si antes de la reforma de este apartado del artículo 5 de la Ley 1/2002 por la LDC –D.A.10–, podía argumentarse que, al solicitar el informe, el órgano estatal sólo estaba obligado a trasladar una descripción de la conducta al versar el informe sobre ella y no sobre las incidencias del expediente, la vigente redacción del precepto ordena la remisión de copia del pliego de concreción de hechos y, en su caso, de la denuncia y de los documentos y pruebas practicadas que consten en el expediente, corrigiendo esa visión restrictiva del objeto y circunstancias de evacuación del informe.

Además, con la nueva regulación queda claro que el momento de solicitud del informe es el previo o simultáneo a la notificación a los interesados del pliego de concreción de hechos que, en consecuencia, tendrán conocimiento del criterio del órgano autonómico cuando formulen las alegaciones al pliego o a la propuesta de resolución.

El órgano autonómico tiene un plazo de veinte días para la emisión del informe que no es vinculante pero sí preceptivo, de forma que la omisión de su solicitud provocará la nulidad del acto definitivo del procedimiento.

9. JUNTA CONSULTIVA DE CONFLICTOS

Con la exposición precedente acaba el comentario de los calificados por el legislador estatal como instrumentos de coordinación entre las Administraciones territoriales que tienen reconocidas competencias ejecutivas en materia de defensa de la competencia. Sin embargo, este trabajo no quedaría completo sin la referencia a la configuración y actuación de la Junta Consultiva de Conflictos, prevista en el art. 3 de la Ley 1/2002, tanto porque algunos autores ven en ella un instrumento más de coordinación como, sobre todo, porque su caracterización legal refuerza la conclusión que aquí se va a exponer: la opción del legislador de 2002 al diseñar los órganos que crea en ejercicio de su competencia general de coordinación en la materia, sustraídos en gran medida de carácter decisorio, como contrapeso quizás a la falta de una delimitación competencial precisa a través de los puntos de conexión que establece.

Configuración legal

Siguiendo el artículo 3 de la Ley 1/2002, este órgano se define como el órgano consultivo especializado en el asesoramiento, mediante dictamen no vinculante, para la resolución de los conflictos de atribución de competencias que se susciten entre el Estado y las comunidades autónomas o entre éstas entre sí con ocasión de la aplicación de la legislación de defensa de la competencia.

En cuanto a su composición, está integrada por:

1. El presidente, nombrado por el Ministerio de Economía y Hacienda, oído el Consejo de Defensa de la Competencia, entre personas de reconocido prestigio y con amplia experiencia en materia de defensa de la competencia. Su mandato es de cinco años.
2. Un representante de la Administración General del Estado, designado por el Ministerio de Economía y Hacienda quién actuará como secretario.
3. Dos representantes designados por la comunidad autónoma en conflicto.

Excepcionalmente, en el supuesto de que hubiese más de una comunidad autónoma afectada por el conflicto de competencias se designará a un solo represen-

tante por cada una de ellas. Si fueran tres o más, se elevará el número de representantes estatales para garantizar la composición paritaria de la Junta.

En el supuesto de conflictos de atribución de competencias suscitados entre las comunidades autónomas se designarán a dos representantes por cada una de ellas.

El Reglamento sobre organización y funcionamiento de la Junta Consultiva en materia de conflictos fue aprobado en la sesión del Consejo de Defensa de la Competencia de julio de 2007.¹²

La actuación de la Junta tiene como presupuesto la activación de los mecanismos de información recíproca del art. 2 del texto legal a través de los cuales se constata, en su caso, la controversia competencial entre Administraciones.

Si así ocurre, cualquiera de los órganos en conflicto solicitará la convocatoria de la Junta que deberá emitir su dictamen no vinculante en el plazo de 15 días – desde la constitución del órgano, aclara el Reglamento –, plazo ciertamente corto, sobre todo si se tiene que solicitar informe al Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia o a los órganos autonómicos.

Parece que la convocatoria de la Junta deja en suspenso la iniciación del correspondiente procedimiento («Emitido el informe previsto en el párrafo anterior, en el plazo de diez días se podrá iniciar el procedimiento por el órgano estatal o autonómico que se considere competente») y seguro, interrumpe el procedimiento ya iniciado («Si el conflicto se plantease con posterioridad a la incoación del procedimiento, incluso en la fase de resolución, se estará a lo dispuesto en los párrafos anteriores. La convocatoria de la Junta Consultiva en materia de conflictos interrumpirá automáticamente el procedimiento que, en su caso, se estuviere tramitando y suspenderá el plazo para resolver y notificar la resolución» [art. 2.4 de la Ley 1/2002]).

Las características más sobresalientes del modelo de resolución extrajudicial de conflictos diseñado por el legislador de 2002 son:

1. El carácter dirimente que se atribuye al voto del presidente de la Junta en caso de empate.
2. La «resolución» del conflicto mediante un informe –no una resolución– no vinculante y, por lo tanto, de eficacia jurídica limitada.

Naturaleza

Parece que el precedente más claro de la Junta Consultiva se ha de encontrar en la denominada Junta Arbitral de Resolución de Conflictos en materia de Tributos Cedidos, regulada en la LOFCA, art. 23 y 24, y en el Real Decreto 2451/1998, de 13 de noviembre. Sin embargo, las diferencias son sustanciales en cuanto a la eficacia de sus actuaciones: ésta se configura como un órgano colegiado de delibe-

12. Cabe plantearse si el Consejo de Defensa de la Competencia tiene competencia para aprobar el régimen interior de un órgano colegiado distinto como es la Junta Consultiva en materia de conflictos.

ración y resolución de los conflictos, que dicta resoluciones ejecutivas e impugnables. En materia de defensa de la competencia, sin embargo, la Junta es un órgano de naturaleza arbitral y consultiva, que se limita a emitir informe no vinculante en las controversias competenciales que se le plantean. En consecuencia, a diferencia de lo que ocurre en materia tributaria, aquí no hay impedimento legal para que el órgano que discrepe del parecer de la Junta inicie o prosiga el procedimiento correspondiente —en contra del criterio del órgano arbitral—, hipótesis nada deseable que podría materializarse, en fin, en la doble persecución de la conducta por diversos órganos, estatal y/o autonómicos. El órgano discrepante podrá interponer recurso en sede jurisdiccional contencioso-administrativa o plantear el conflicto en sede constitucional que no tendrá por objeto el informe de la Junta Consultiva (no es un acto impugnabile) sino el acto de la Administración que niegue la competencia al que lo plantea.

Actuación de la Junta Consultiva de Conflictos

Hasta la fecha, la Junta Consultiva ha emitido tres informes correspondientes a cuatro expedientes (dos de ellos fueron acumulados y se resolvieron en la misma Junta) en los años 2004, 2007 y 2008. En todos los supuestos se discutía la aplicación del principio de territorialidad de los efectos ex art. 1.1 y 3 de la Ley 1/2002.

Aunque la falta de publicidad de los dictámenes emitidos excusan su comentario, sí podemos decir que la discrepancia con el criterio mantenido por la Junta en el asunto *Estación Sur de Autobuses*, 2007, ha llevado a la Comunidad de Madrid a plantear conflicto constitucional de competencias, admitido a trámite por providencia de 24 de junio de 2008, del Pleno del Tribunal Constitucional, en el que se plantea la invasión de las competencias autonómicas en que habría incurrido la autoridad estatal, cuyo criterio respalda el dictamen de la Junta, basado en la errónea y restrictiva interpretación del punto de conexión del ámbito territorial de los efectos de las conductas previsto en el art. 1.1 y 3 de la Ley 1/2002.

Conclusión

Volvemos a encontrarnos con que el legislador de 2002 crea un órgano, respondiendo a una importante finalidad —se trata de evitar los conflictos jurisdiccionales de competencias—, pero, paradójicamente, se aparta de su precedente normativo más inmediato y no le atribuye facultades decisorias, sin que se adviertan cuáles sean las ventajas de limitar su función al «asesoramiento especializado», mediante la emisión de un informe. En todo caso, con el objeto de asegurar la necesaria transparencia, es recomendable que los informes que emita la Junta Consultiva de Conflictos, salvando las cuestiones que exijan confidencialidad, sean públicos. Ello permitirá a los operadores ir conociendo sus criterios sobre la aplicación de los llamados puntos de conexión definidos en la Ley 1/2002.

10. CONSIDERACIONES FINALES

Hasta la fecha, la coordinación entre autoridades de defensa de la competencia no ha generado graves disfunciones y puede calificarse como satisfactoria. Pero esta circunstancia no puede ocultar que el modelo diseñado legalmente para realizar la atribución de las competencias ejecutivas –concreción de los puntos de conexión– y la inexcusable coordinación en su ejercicio previstos en la Ley 1/2002 no favorece precisamente ese resultado positivo: el texto legal ha optado por la «indeterminación» en la delimitación de los criterios de conexión y, paralelamente, ha establecido unos instrumentos de coordinación, que salvo contadas excepciones, tienen un carácter meramente consultivo y no favorecen el resultado de la eficaz coordinación. Quizás sea el momento de plantear una revisión del sistema basado en la delimitación precisa de los criterios de conexión, en particular, el relativo al alcance territorial de los efectos de las conductas en forma compatible con el reconocimiento de las competencias autonómicas en la materia, y completado con la articulación de mecanismos de coordinación de carácter decisorio, garantizando así el irrenunciable fin de la aplicación uniforme de la legislación de defensa de la competencia.

LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA A LOS CONVENIOS COLECTIVOS

MARÍA JESÚS MAZO VENERO¹

Subdirectora de Servicios

Dirección de Investigación

Comisión Nacional de la Competencia

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años la Comisión Nacional de la Competencia (CNC) ha estudiado el encaje de diversos convenios colectivos en la legislación de competencia, lo que ha generado opiniones variadas y claramente enfrentadas, desde la de los que aplauden que también la negociación colectiva se someta al escrutinio de la defensa de la competencia hasta la de aquéllos que consideran que es una injerencia de la CNC en un ámbito sobre el que no tiene competencias.

En efecto, el ámbito de las relaciones laborales constituye un área del Derecho que se rige por sus propias reglas y está sujeta a sus propios órganos supervisores, lo que podría sugerir *a priori* su exclusión de las normas que regulan la libre competencia en los mercados.

No obstante, en la medida en que la negociación colectiva regule cuestiones ajenas a la política social y sea susceptible de afectar a la libre competencia, sea en el mercado de los factores productivos (principalmente, como es obvio, en el laboral) o en el de los bienes y servicios sobre los que verse la negociación, ésta deberá someterse a la supervisión de la autoridades de la competencia.

Esta es la idea básica sobre la que se desarrollará el siguiente artículo, que pretende responder de forma sencilla y práctica a por qué y cómo se está aplicando el derecho de la competencia a la negociación colectiva en España.

1. La autora es la única responsable de las opiniones recogidas en el presente artículo, que en ningún caso suponen la posición institucional de la CNC.

2. APROXIMACIÓN A LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE COMPETENCIA A LOS CONVENIOS COLECTIVOS

El artículo 1.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, declara prohibidos los acuerdos, cualquiera que sea la forma que adopten, que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia en los mercados.

Es bien sabido que los elementos que configuran las prohibiciones del artículo 1.1 son tres: el operador económico sobre el que recae la prohibición; la existencia de la conducta tipificada en la norma (acuerdo, decisión o recomendación colectiva, práctica concertada, práctica conscientemente paralela), y la aptitud de la conducta para limitar la competencia en el mercado.

Así, tomando como punto de partida estos tres elementos, en el análisis de los convenios colectivos se plantean las siguientes cuestiones básicas:

1. ¿Son los sindicatos potenciales sujetos infractores, sobre los que puede aplicarse la prohibición del artículo 1.1?
2. ¿Constituyen los convenios colectivos acuerdos, en alguna de las formas previstas por el artículo 1.1?
3. ¿Tienen los convenios colectivos, en su totalidad o en algunas de sus cláusulas, aptitud para restringir la competencia en los mercados?

Por otra parte, teniendo en cuenta los objetivos de política social perseguidos por los convenios colectivos, cabe preguntarse si es posible su exención o, al menos, la de algunas de sus cláusulas, de la aplicación de la Ley 15/2007, y si es así, bajo qué condiciones.

Por último y en relación con el punto anterior, dado que el control de la legalidad de la negociación colectiva corresponde a las autoridades laborales, se plantea la cuestión de cómo puede emplearse esa competencia para garantizar la compatibilidad de los convenios con la legislación de defensa de la competencia.

Estas son las principales cuestiones que se abordarán a continuación.

3. LOS SINDICATOS COMO OPERADORES ECONÓMICOS

En la actividad de los sindicatos pueden diferenciarse dos facetas: su actuación como representantes de los intereses de los trabajadores y su actuación como suministradores de servicios para sus afiliados. En el primer caso, se limitan a cumplir unos derechos constitucionalmente establecidos, como son los de libertad sindical y negociación colectiva, con el fin de mejorar las condiciones del empleo y de vida de los trabajadores. Sin embargo, en el segundo caso actúan como un agente económico más, incidiendo directamente tanto en el mercado de trabajo como en el de bienes y servicios y, por lo tanto, en principio, quedan sujetos a las normas de defensa de la competencia.

Así lo consideró el extinto Tribunal de Defensa de la Competencia (TDC) en la Resolución de 16 de diciembre de 1996 del expediente 377/96, *Pan de Barcelona*, en relación con un acuerdo suscrito por los gremios de pasteleros y panaderos de Barcelona y las correspondientes federaciones de UGT y CCOO, manifestando que «no puede negarse a los sindicatos la condición de operadores económicos por principio. En cada caso deberá analizarse si han actuado en defensa de los intereses que les son propios o al margen de aquéllos, en cuyo caso podrían incurrir en las prohibiciones establecidas en las normas reguladoras de la libre competencia».

Asimismo, en la Resolución del expediente 506/00, *Transporte Mercancía Vizcaya*, de 19 de diciembre de 2001, el TDC manifestó que «si bien es cierto que los sindicatos tienen garantizado, en virtud de los artículos 28 y 37 de la Constitución, un ámbito de actuación importante en la vida económica de un país, éste no se extiende a actividades que vayan en contra de lo establecido en la legislación vigente».

Más recientemente, el Consejo de la CNC ha recogido este mismo argumento en la Resolución del expediente 2805/07, *Empresas estibadoras*, de 24 de septiembre de 2009, argumentando (FD 8º) que el concepto de empresa en el ámbito de la defensa de la competencia es muy amplio y comprende a toda entidad que ejerza una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico o de su modo de financiación, por lo que bajo determinados supuestos y condiciones los sindicatos pueden tener responsabilidad por la introducción de restricciones a la competencia.

Por su parte, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional, en Sentencia de 4 de mayo de 2010, en relación con un recurso interpuesto contra esa resolución 2805/07, afirma (fundamento jurídico octavo) que «tanto esta Sala como el Tribunal Supremo han resuelto sobre la circunstancia de que queda sometido a la normativa de Defensa de la competencia cualquier agente económico, con referencia a cualquier sujeto que actúe en el mercado, incluso las propias Administraciones Públicas. La resolución impugnada distingue a juicio de esta Sala correctamente entre la actividad de representación sindical de los trabajadores en el ámbito de negociación que le corresponde a la actora y el que no le corresponde, con cita de la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1987 que establece que “las partes negociadoras de un convenio colectivo no tienen libertad absoluta a la hora de fijar el ámbito de aplicación del convenio, sino que están sujetas a límites y a los requisitos legales”.»

En consecuencia, no existe duda de que los sindicatos firmantes de convenios colectivos pueden actuar como operadores económicos y, por lo tanto, ser considerados como potenciales sujetos infractores del artículo 1 de la Ley 15/2007.

4. LOS CONVENIOS COLECTIVOS COMO ACUERDOS SUJETOS A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 1

De acuerdo con el artículo 82.1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, el Estatuto de los Trabajadores), se puede entender un convenio colectivo como el acuerdo celebrado entre uno o varios empresarios o asociaciones empresariales, por un lado, y una o varias asociaciones de trabajadores, por el otro, en virtud del que se regulan, exclusiva o principalmente, las condiciones de trabajo y productividad que deberán respetarse en el marco de los contratos de trabajo.

En el ámbito del Derecho de la Competencia, se considera acuerdo a todo pacto, verbal o escrito, mediante el que varios operadores económicos se comprometen en una conducta que tiene por finalidad o efecto restringir la competencia.

Por lo tanto, teniendo en cuenta la definición que realiza el propio Estatuto de los Trabajadores, los convenios colectivos suponen un concierto de voluntades entre al menos dos operadores económicos independientes, por lo que en principio entrarían dentro del ámbito de la prohibición del artículo 1.

Ahora bien, dicho esto, cabe plantearse si la especial naturaleza de los convenios justifica su exención de la aplicación de esa prohibición, ya sea en todo o en parte de su clausulado.

En primer lugar, la Ley 15/2007 no prevé precepto alguno que permita afirmar que excluye el ámbito social o laboral del ámbito de la aplicación de las normas de competencia. Lo mismo se aplica al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), que no confiere trato especial a la negociación colectiva.

En segundo lugar, leyendo el articulado de la Ley 15/2007, cabrían dos posibilidades de exención: las previstas en los artículos 4.1 y 1.3. El artículo 4.1 de la Ley 15/2007 contiene una excepción a la aplicación de la prohibición del artículo 1 para aquellos acuerdos que resulten de la aplicación de una ley, si bien la interpretación de los supuestos de amparo legal, de acuerdo con el Tribunal Supremo,² ha de ser estricta e incluso restrictiva, pues solamente han de considerarse incluidas en la figura aquellas conductas que respondan a una voluntad explícita del legislador. Considera el Tribunal Supremo que una cláusula de excepción no puede equipararse con la necesaria habilitación legal para actuar que necesitan las Administraciones públicas o las entidades de cualquier tipo que se encuentren sujetas al derecho administrativo en todo o parte de su actividad. Esta interpretación llevaría a una exclusión genérica de su sometimiento a la Ley 15/2007, que choca con el carácter general de su regulación y que privaría de sentido a la propia previsión excepcional del artículo 4.1.

No existe ninguna ley española, ni siquiera el Estatuto de los Trabajadores, que

2. Ver, entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo 8093/02, de 27 octubre 2005.

exima de forma genérica de la aplicación del artículo 1 a los convenios colectivos, por lo que debe analizarse caso por caso cada uno de ellos y determinar si existen circunstancias que justifiquen su exención, bien porque existan leyes que amparen explícitamente los comportamientos recogidos en cláusulas concretas o, alternativamente, porque se cumplan los requisitos del artículo 1.3, que exceptúa de la prohibición del 1.1 a aquellos acuerdos que contribuyan a mejorar la producción, comercialización y distribución de bienes o servicios o a promover el progreso técnico o económico, siempre que permitan a los usuarios participar de los beneficios, no impongan restricciones que no sean indispensables para la consecución de los objetivos y no eliminen la competencia respecto de una parte sustancial de los productos o servicios contemplados.

En palabras del Consejo de la CNC,³ «no se trata aquí, desde la óptica de la competencia que aplica este Consejo, de controlar la legalidad de la legitimación de las partes, sino de analizar aquellos aspectos del acuerdo que, en la medida en que el mismo no se atiene a la habilitación legal vigente, son susceptibles de quedar sometidos a las normas de competencia sin que parezca suficiente para quedar excluido de las mismas el que se trate de un acuerdo empresarios-sindicatos, o que se firme bajo la denominación de convenio colectivo».

En este sentido, existe un amplio consenso acerca de que los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores evitan costosos conflictos laborales; reducen los costes de transacción, mediante un proceso de negociación colectivo y reglado y aumentan la estabilidad y transparencia en el mercado de trabajo. Un cierto grado de equilibrio entre el poder negociador de ambas partes contribuye a asegurar un resultado proporcionado para ambas y para la sociedad en su conjunto.

Asimismo, es admitido por las autoridades de competencia que los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos a la normativa de competencia en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo.

De ahí que la negociación colectiva entre las empresas y sus representantes, por una parte, y los trabajadores y los suyos, por la otra, constituya la excepción más clásica a la legislación de defensa de la libre competencia en todos los países y también en España.

Posiblemente la sentencia más conocida en relación con la aplicación de la legislación de competencia a los convenios colectivos sea la Sentencia del TJUE, de 21 de septiembre de 1999, asunto C-67/96, *Albany Internacional*.⁴ Se trata de un caso relativo a la empresa Albany International BV y, en particular, al pago, a sus trabajadores relacionados con el sector textil, de pensiones complementarias a

3. Expte. 2805, *Empresas estibadoras*, FD 7º

4. Otras sentencias del TJUE de interés son las de 21 de septiembre de 1999 en los asuntos *Brentjens* (asuntos acumulados C-115 a 117/97) y *Drijvende Bokken* (asunto C-219/97) y la Sentencia de 21 de septiembre de 2000, en el asunto C-222/98, *Van der Woude*.

las obligatorias según las leyes holandesas. En este asunto, el TJUE se plantea, entre otras cuestiones, si los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de objetivos de política social, como la mejora de las condiciones de empleo y de trabajo, deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del entonces Tratado de la Unión Europea (actual TFUE). En el párrafo 2, así como en el 59 y siguientes, el TJUE sostiene que:

2 (...) A este respecto, no está comprendido, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado un acuerdo celebrado con la forma de un convenio colectivo, que instaaura, en un sector determinado, un régimen de pensiones complementarias gestionado por un fondo de pensiones que puede ser declarado de afiliación obligatoria por las autoridades públicas. Un régimen de esta naturaleza persigue, en conjunto, la finalidad de garantizar un determinado nivel de pensiones a todos los trabajadores de dicho sector y, por consiguiente, contribuye directamente a la mejora de uno de los elementos constitutivos de las condiciones laborales de los trabajadores, su remuneración.

59. Bien es verdad que determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores. No obstante, los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 85, apartado 1, del Tratado en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo.

60. De una interpretación útil y coherente de las disposiciones del Tratado, en su conjunto se desprende que los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos [objetivos de política social, como la mejora de las condiciones de empleo y de trabajo] no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

61 Es preciso, pues, examinar si la naturaleza y el objeto del acuerdo controvertido en el procedimiento principal justifican que se excluya del ámbito de aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

Precisamente por tratarse de una excepción al ámbito general de aplicación de las normas de competencia, la negociación colectiva ha de ser interpretada restrictivamente, de manera que no pueda regular cualquier materia. No hay que olvidar que los agentes que adoptan los convenios colectivos actúan en función de sus propios intereses y no del interés general, que es el que en todo caso se debería pretender con el análisis, por parte de las autoridades competentes en materia laboral, primero y por las de competencia, en su caso.

5. CLÁUSULAS DE LOS CONVENIOS COLECTIVOS POTENCIALMENTE ANTICOMPETITIVAS

Procede, por lo tanto, a partir de este planteamiento de «inmunidad parcial» de los convenios colectivos, analizar qué cláusulas quedan exentas de la aplicación de la Ley 15/2007 porque se limitan a aspectos puramente laborales y cuáles pueden afectar apreciablemente a la competencia.

El criterio generalmente aceptado por las autoridades de competencia, en particular, por la CNC,⁵ es eximir las cuestiones esenciales de la negociación, esto es, las que regulan el salario y las condiciones laborales (jornada máxima anual, vacaciones y permisos, modalidades de contratación, grupos y clasificación profesional, régimen disciplinario, etc.) y analizar aquellas otras que van más allá y afectan a las relaciones entre empresarios y terceros, como clientes, proveedores o consumidores, valorando, en su caso, si la naturaleza y el objeto de dichas cláusulas justifican la exclusión del ámbito de aplicación de la normativa de competencia.

Por lo general, el análisis de una conducta anticompetitiva sólo cobra sentido si se realiza en su conjunto, ya que determinadas cláusulas de un convenio podrían tener justificación si se analizan aisladamente, pero no la tienen cuando se estudian en su conjunto y se puede concluir que forman parte de un acuerdo global de marcado carácter anticompetitivo. No obstante, a continuación se pretende dar una idea de cláusulas que podrían calificarse como anticompetitivas.

1. Fijación y/o recomendación de precios

Los precios constituyen la variable más visible en la que se manifiesta la competencia. En consecuencia, la fijación de precios, de forma directa o indirecta, constituye la modalidad más grave de infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007.

En el ámbito de los convenios colectivos, tanto el antiguo TDC como el actual Consejo de la CNC han considerado que existe una fijación de precios al regular el régimen retributivo de los trabajadores si se pacta que los conceptos salariales se repercutan como costes mínimos en los precios ofertados por las empresas. Es el caso de las cláusulas normalmente denominadas en los convenios «pacto de repercusión en precios o/y competencia desleal», según las cuales asociaciones empresariales y sindicales hacen constar expresamente que los conceptos retributivos (salario mínimo o base, complementos...) del trabajador tendrán repercusión en

5. Expte. 2805, *Empresas estibadoras*, FD 7º: «Por tanto podemos concluir siguiendo la jurisprudencia comunitaria que, en principio, los convenios colectivos celebrados de buena fe entre empresarios y trabajadores sobre las cuestiones normales propias de la negociación colectiva, como los salarios o determinadas condiciones de trabajo, que no afecten de forma directa a terceros o a otros mercados, deben disfrutar de una inmunidad automática respecto del examen con arreglo a las normas de defensa de la competencia. Pero cuando el acuerdo o convenio va más allá de esos ámbitos, las autoridades de competencia, de acuerdo con la doctrina de la Sentencia Albany, deberán analizar la naturaleza y objeto del mismo antes de decidir si cae bajo las normas de competencia o está excluido de las mismas. Y en ese análisis habrá de prestar especial atención no sólo a las materias que trate el convenio, también y sobre todo, a si establece obligaciones a terceros o afecta a otros mercados de una forma no justificada por el objetivo de la negociación colectiva».

los precios de los servicios de las empresas y que se considerarán competencia desleal las ofertas comerciales realizadas por las empresas que sean inferiores a los costes del convenio. Esta repercusión de costes mínimos se traduce en una fijación de precios mínimos.

Así lo manifestó, el 29 de enero de 2007, el TDC, que resolvió el expte. 607/06, *Ayuda a Domicilio*, señalando que «El Tribunal considera que un convenio colectivo no puede regular cualquier materia, ya que su ámbito se circunscribe a las condiciones de empleo y a las relaciones de los trabajadores con los empresarios. Sin embargo, en el artículo 51 del Convenio para la prestación del servicio de ayuda a domicilio en los años 2004 y 2005 (hasta el 31 de julio) para Cantabria⁶ se establecen los precios de los servicios y ofertas comerciales que las empresas deben aplicar a sus clientes, así como que se considerará incumplimiento del mismo las ofertas comerciales realizadas por las empresas que sean inferiores a los costes establecidos en el mismo. Esto es, no se regulan los salarios que las empresas de ayuda a domicilio deben abonar a sus trabajadores, sino que se fijan los precios mínimos por hora trabajada para la categoría de auxiliares de ayuda a domicilio que las citadas empresas deben aplicar a sus clientes, lo que queda fuera del ámbito de negociación colectiva y excede de las competencias que, de acuerdo con el Estatuto de los Trabajadores, tienen ASADC y Comisiones Obreras. Supone el referido artículo la pretensión de regular el beneficio empresarial y eliminar la competencia en precios en el mercado de la prestación de servicios de ayuda a domicilio, no pudiendo el TDC aceptar como justificación el que se trate de evitar la competencia desleal. Menos aún si se tiene en cuenta que esta rigidez a la baja en precios perjudica a los clientes del servicio y al propio empleo en el sector».

Por su parte, en el marco de la nueva Ley 15/2007, la CNC ha tramitado expedientes contra los firmantes del convenio colectivo estatal del sector de Contact Center, publicado el 7 de febrero de 2008, con efectos desde el 1 de enero de 2007 hasta el 31 de diciembre de 2009, y del convenio colectivo estatal de las empresas de seguridad de 2005-2008.

En efecto, en abril de 2008 la CNC tuvo conocimiento de la existencia de estos dos convenios colectivos de ámbito nacional en los que, más allá de cuestiones relacionadas con las condiciones de empleo y las relaciones laborales de los trabajadores con los empresarios se incluían cláusulas sobre los precios de los servicios y consideraban competencia desleal las ofertas comerciales inferiores a los costes

6. Artículo 51 del convenio.

«Ambas representaciones hacen constar expresamente que las condiciones económicas pactadas en este convenio colectivo tendrán repercusión en los precios de los servicios.

La Comisión Paritaria del convenio, establecida en el artículo 10, será la encargada de la comprobación del cumplimiento de lo pactado en este artículo.

Se considerará incumplimiento del convenio, con las consecuencias derivadas de la legislación vigente, las ofertas comerciales realizadas por las empresas que sean inferiores a los costes del presente convenio. A estos efectos, se considerarán costes mínimos repercutibles, o precio de referencia, para la categoría de Auxiliar de Ayuda a Domicilio, en los servicios concertados con las Administraciones Públicas o entidades mercantiles, para el año 2004, los siguientes (...).

fijados en los convenios,⁷ al igual que había analizado ya el extinto TDC en el marco del expediente de ayuda a domicilio en Cantabria.⁸

Tras un análisis preliminar de los mismos, la Dirección de Investigación de la CNC incoó sendos expedientes sancionadores y el 16 y 17 de marzo de 2009,⁹ el Consejo de la CNC resolvió mediante terminación convencional ambos expedientes sancionadores al considerar que los compromisos propuestos, de carácter vinculante y consistentes en la supresión o inaplicación de los artículos correspondientes de los convenios, así como en la no reiteración de la conducta en los convenios que se firmasen en el futuro, resolvían los problemas de competencia detectados.

2. Fijación de condiciones comerciales

La imposición de comportamientos rígidos que impiden la libre definición y puesta en práctica de la política comercial de un operador económico y condicionan su estrategia de negocio constituye una infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007, en la medida en que tiende a coordinar las políticas comerciales, favoreciendo un comportamiento empresarial paralelo.

Algunos ejemplos de cláusulas limitativas de la libertad de prestación de servicios, diferentes del precio, son las que fijan los horarios de apertura de comercios, la apertura o cierre de festivos o los periodos y duración de las rebajas, así como las cláusulas por las que se uniformizan políticas comerciales (plazos de entrega del bien o de prestación del servicio, políticas promocionales, lanzamiento de productos, canales de comercialización, plazos y formas de pago...).

3. Limitación de la producción o distribución

El artículo 1 de la Ley 15/2007 prohíbe la limitación o el control de la producción, así como de la distribución, el desarrollo técnico o las inversiones, si bien de todas estas limitaciones las más frecuentes son las primeras.

En la resolución del expediente 377/96, *Pan de Barcelona*, de 16 de diciembre de 1996, el TDC declaró infracción un acuerdo suscrito por los gremios de pasteleros y panaderos de Barcelona y las correspondientes federaciones de UGT y CCOO, en el que se establecía que las pastelerías artesanas con fabricación propia podrían comercializar los domingos y festivos un único módulo de pan especial enriquecido,

7. Artículo 55 del convenio colectivo estatal de Contact Center.

«Ambas representaciones hacen constar expresamente que las condiciones pactadas en este Convenio tendrán repercusión en los precios de los servicios.

Se considerará competencia desleal, con las consecuencias derivadas de la legislación vigente, las ofertas comerciales realizadas por las empresas que sean inferiores a los costes del presente Convenio. A estos efectos se estimarán costes repercutibles, todos los conceptos económicos que se contemplen en el presente Convenio.»

8. Para mayor exactitud, cabe señalar que el contenido de la cláusula de «competencia desleal» analizada en el expediente S/0076/08, *Convenio Contact Center*, es menos preciso que el sancionado en los expedientes 607/06, *Ayuda a domicilio*, y S/0077/08, *Convenio de Seguridad*, pues en aquél no se fijaban cuantías mínimas repercutibles.

9. Expte. S/0076/08, *Convenio Contact Center*, y expte. S/0077/08, *Convenio de Seguridad*.

de cualquier forma y volumen, con un peso máximo de 100 gramos. En el marco de ese expediente se constató la existencia de diversas disposiciones normativas y de un convenio colectivo del sector que prohibían, por una parte, la fabricación y comercialización de pan los domingos y festivos y, por la otra, que los industriales pasteleros fabricasen y comercializasen piezas de pan distintas de las pactadas.

Más recientemente, en el expediente 2805/07, *Empresas Estibadoras*, el Consejo de la CNC analizó si el IV Acuerdo para la regulación de las relaciones laborales en el sector de la estiba portuaria, suscrito el 26 de julio de 2007 por ANESCO, como representante de las empresas estibadoras y CETM, CIG y LAB, como representantes sindicales, tuvo por objeto y/o efecto la restricción de la competencia en las actividades realizadas en el espacio físico de los puertos ligadas al tránsito, depósito, estiba, carga, descarga, desestiba y transbordo de mercancías y si ello constituía una infracción de los artículos 1 de la Ley 16/1989 y 81 del TCE.¹⁰

Se trataba del primer convenio sectorial suscrito tras la entrada en vigor de la Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de régimen económico y de prestación de servicios de los puertos de interés general, de carácter liberalizador, que cambió el contexto normativo en el que operaba la actividad de estiba, dejando de ser un servicio público de titularidad estatal para ser un servicio portuario básico con obligaciones de servicio público, que se presta en régimen de competencia. Esta ley recoge una lista exhaustiva de las actividades de carga, estiba, descarga, desestiba y transbordo consideradas como servicios básicos, prestados en régimen de libre competencia, previa obtención de la correspondiente licencia y asimismo detalla una serie de actividades que no considera servicios portuarios básicos y que simplemente requieren de una autorización de prestación de servicio o actividad por parte de la Autoridad Portuaria.

El Consejo de la CNC consideró que el IV Acuerdo obstaculizaba la liberalización que pretendía introducir dicha ley, al extender sus efectos más allá de las relaciones laborales entre trabajadores y empresarios en el sector de la estiba.

En el ámbito personal, el IV Acuerdo era de aplicación no sólo a empresas estibadoras y a trabajadores de la estiba, sino también a las empresas y trabajadores no estibadores.

En cuanto al ámbito funcional, extendía el ámbito de actuación de los estibadores a diversas actividades que la ley no les reserva y, por lo tanto, no asignadas en exclusiva ni a empresas de estiba ni a trabajadores estibadores, entre ellas, las conocidas como «actividades complementarias», excluyendo así de hecho a empresas y trabajadores distintos de los firmantes de la prestación de los servicios complementarios.

En consecuencia, el 24 de septiembre de 2009 el Consejo declaró a los firmantes del IV Acuerdo responsables de una infracción de los artículos 1.1.c de la Ley 16/1989 y 81 del TCE.

10. Actual artículo 101 del TFUE.

6. FORMAS DE ACTUACIÓN DE LA CNC ANTE CONVENIOS COLECTIVOS RESTRICTIVOS DE LA COMPETENCIA

Tal y como se ha expuesto, queda clara la aplicabilidad de la legislación de competencia sobre los convenios colectivos. Se plantea ahora la cuestión de cómo garantizar la compatibilidad de los convenios colectivos con la Ley 15/2007.

Con carácter previo cabe señalar que, como se ha visto, si bien el análisis de convenios colectivos en su conjunto o de algunas de sus cláusulas por parte de las autoridades de competencia españolas no es una novedad, el impulso a la defensa de la competencia que ha dado la nueva Ley 15/2007 ha llevado a un enfoque más ambicioso, de modo que no sólo se resuelven problemas concretos de un convenio o sector por la vía de expedientes de los que puedan derivarse sanciones, sino que se pretende ir más allá, tratando de garantizar la adecuación de la negociación colectiva a la libre competencia ya durante el proceso de elaboración de los convenios.

De este modo, desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007 se están produciendo dos aproximaciones a la negociación colectiva:

- control *ex ante*, durante el proceso de negociación y antes del registro y la publicación en el BOE de los convenios¹¹ y
- control *ex post*, una vez registrados y publicados los convenios colectivos.

Control ex ante

La Ley 15/2007 encomienda a la CNC, entre otras, la misión de promover activamente la competencia en los mercados. En cumplimiento de este objetivo, la CNC ha considerado prioritario mejorar la colaboración con los distintos poderes públicos para extender la cultura de competencia de la que es garante, de modo tal que los poderes públicos sean conscientes de la necesidad de valorar los posibles efectos negativos para la competencia, la libertad de empresa y el bienestar del consumidor. En el ámbito de la negociación colectiva, este objetivo se ha traducido en un convenio de colaboración suscrito entre la CNC y la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración el 25 de enero de 2010.¹²

11. El artículo 90 del Estatuto de los Trabajadores, sobre la validez de los convenios colectivos, exige que, una vez firmados por las partes, los convenios sean presentados ante la autoridad laboral competente, a los solos efectos de registro. Tras su registro, los convenios serán remitidos al órgano público de mediación, arbitraje y conciliación competente para su depósito.

Asimismo, en el plazo máximo de diez días desde la presentación del convenio en el registro, se dispondrá por la autoridad laboral su publicación obligatoria y gratuita en el Boletín Oficial del Estado o, en función del ámbito territorial del mismo, en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma o de la provincia correspondiente.

Si la autoridad laboral estimase que algún convenio conculca la legalidad vigente o lesiona gravemente el interés de terceros, se dirigirá de oficio a la jurisdicción competente, la cual adoptará las medidas que procedan al objeto de subsanar supuestas anomalías, previa audiencia de las partes.

12. Se adjunta como anexo a este artículo el texto íntegro del convenio, publicado en el BOE de 26 de febrero de 2010.

Ante la posibilidad de que las partes firmantes de un convenio colectivo de ámbito superior a una comunidad autónoma incluyan cláusulas y compromisos que contravengan las disposiciones de la Ley 15/2007, se consideró la necesidad de instrumentar una colaboración entre la Dirección General de Trabajo y la CNC, que permitiera a ambas cumplir con las funciones que la legislación les encomienda en aspectos relacionados con la negociación colectiva y la defensa de la competencia. Esto es, para la Dirección General de Trabajo el control de la legalidad del contenido de los convenios colectivos ante ella registrados y depositados, con carácter previo a su publicación (artículo 90.5 del Estatuto de los Trabajadores) y para la CNC, preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva en los mercados en el ámbito nacional, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos autonómicos de defensa de la competencia en su ámbito respectivo.

Así, tomando como referencia los criterios publicados por la CNC en su *Guía para la elaboración de memorias de competencia de los proyectos normativos*,¹³ cuya finalidad es orientar desde la óptica de la libre competencia a los organismos reguladores en su actuación administrativa, se planteó que la Dirección General de Trabajo, con carácter previo al registro y publicación de cualquier convenio colectivo estatal, procediera a determinar:

1. Si las cláusulas se limitan a la relación entre empresarios y trabajadores y, por lo tanto, se limitan a establecer condiciones salariales y laborales.
2. En caso de que dichas cláusulas vayan más allá del establecimiento de las condiciones laborales y salariales, si limitan o restringen la competencia, identificando los posibles efectos negativos sobre la competencia.
3. Si dichas cláusulas contravienen el principio de necesidad y proporcionalidad o mínima distorsión, es decir, si exceden de lo necesario para lograr su objetivo social y no están debidamente justificadas.
4. En caso de no considerar justificada la restricción contenida en el convenio, la Dirección General de Trabajo procurará su modificación con alternativas reguladoras menos lesivas de la competencia para alcanzar el objetivo perseguido, antes de poner en conocimiento de la CNC la existencia de indicios de infracción del artículo 1 de la Ley 15/2007.

Sobre esta base, el convenio regula un Protocolo de Actuación que permita a ambas autoridades el eficaz desarrollo de sus funciones y que se dispone de la siguiente forma:

1. La Dirección General de Trabajo remite a la CNC únicamente los convenios colectivos que contengan a su juicio cláusulas que pudieran contravenir la Ley 15/2007.

13. Publicado en su página web www.cncompetencia.es.

2. La CNC realiza una primera evaluación del texto del convenio colectivo declarando: (a) bien que no existen indicios de vulneración de la Ley 15/2007; (b) bien que la cuestión remitida no es de su competencia, o (c) bien que existen indicios de vulneración de la Ley 15/2007 y que ha de proceder a su análisis. En este último caso, la CNC procederá a su análisis más detallado para emitir sus conclusiones sobre la cláusula en cuestión.
3. Recibido el análisis más detallado de la CNC, la Dirección General de Trabajo podrá remitir un requerimiento a la comisión negociadora del convenio colectivo cuestionado para que subsane los problemas detectados, mencionando expresamente que se ha efectuado una consulta a la CNC y que ésta ha manifestado dudas sobre la compatibilidad del convenio con la Ley 15/2007.
4. Recibido el requerimiento, la comisión negociadora puede: (a) asumir los requerimientos y aplicar los cambios sugeridos para adecuar la cláusula controvertida a la Ley 15/2007, o (b) mantener la cláusula debatida.

En el caso de que se mantenga la cláusula debatida, la Dirección General de Trabajo y la CNC podrán, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptar las actuaciones que procedan (incluido el inicio de un expediente sancionador de la Ley 15/2007), informándose mutuamente.

Por último, los efectos del protocolo suscrito entre la Dirección General de Trabajo y la CNC se limitan a convenios de carácter estatal, por lo que sería deseable que las correspondientes autoridades laborales y de competencia autonómicas suscribieran convenios similares, de modo que mantengan un estrecho contacto que permita la adecuación del amplio número de convenios de ámbito inferior al nacional a la legislación de competencia.

Control ex post

Una vez publicado un convenio, en el caso de que la CNC detecte indicios racionales de conductas prohibidas, se verá obligada a incoar expediente sancionador. Ahora bien, cabe señalar que el propósito de la CNC no es sancionar a las partes que suscriben los convenios, sino más bien lograr que la negociación colectiva, como tantos otros sectores y ámbitos de actividad, se adapte a la legislación de competencia, contribuyendo así a que se cree una «cultura de competencia» también en el ámbito laboral.

Así, desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007, que flexibiliza el régimen de terminación convencional, ésta ha sido la fórmula empleada por la CNC para la resolución de los problemas de competencia detectados en los convenios, al considerar el Consejo que los compromisos aportados por las partes y negociados con la Dirección de Investigación resolvían los efectos sobre la competencia de las cláusulas de repercusión en precios y competencia desleal, en particular, en los

convenios de seguridad y *contact center*, quedando garantizado de manera suficiente el interés público.

Además, para asegurar el debido cumplimiento de los acuerdos de terminación convencional, el Consejo de la CNC ha impuesto a las partes la obligación de comunicar su respectivo acuerdo de terminación convencional a la totalidad de miembros de las asociaciones empresariales afectadas, así como de comunicar a las autoridades laborales competentes, en el momento de la presentación de los convenios para su registro y publicación, que no contienen ninguna cláusula contraria a la Ley 15/2007.

Por último y en el contexto de las novedades que introduce la Ley 15/2007, algunos expertos en competencia se han planteado si la CNC está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los convenios colectivos o determinadas cláusulas de los mismos, teniendo en cuenta que dicha Ley regula expresamente la legitimación activa de la CNC para impugnar ante la jurisdicción competente «(...) disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado» (artículo 12.3).

En este sentido, habría que analizar cada caso particular, si bien no parece que quepa la impugnación prevista por el artículo 12.3 de la Ley 15/2007, en tanto que los convenios colectivos no son actos de la Administración ni tampoco disposiciones generales de rango inferior a la ley.

7. CONCLUSIÓN

Desde la entrada en vigor de la Ley 15/2007, la CNC ha investigado y resuelto varios expedientes relativos a convenios colectivos, que han generado incertidumbre y debate sobre las competencias que la autoridad nacional de competencia tiene en materia de negociación colectiva.

En este artículo se ha tratado de argumentar, a partir de esas resoluciones de la CNC y de algunos pronunciamientos de los tribunales, que queda fuera de toda duda que la negociación colectiva constituye un pilar básico de las relaciones laborales y de la política económica y social, cuyo control corresponde a las autoridades laborales y a la jurisdicción social. Ahora bien, esto no significa que la negociación colectiva constituya un puerto seguro, ajeno a la aplicación de la normativa de defensa de la competencia.

Justo al contrario, la relevancia de la negociación colectiva y su impacto en los mercados de factores, bienes y servicios y, en consecuencia, en la competitividad del país, hacen necesario revisar la adecuación de la negociación colectiva a la normativa de defensa de la competencia, siendo tarea de la CNC determinar en cada caso si los acuerdos que se celebran en el marco de negociaciones colectivas entre interlocutores sociales y persiguen objetivos de política social están comprendidos o no en el ámbito de aplicación de la Ley 15/2007 y, concretamente, en el artículo 1.

Así, de lo expuesto en este artículo se puede concluir que, siempre y cuando los convenios colectivos se circunscriban al ámbito de las condiciones laborales entre representantes de los trabajadores y empresarios, quedarán exentos de la aplicación de la normativa de defensa de la competencia. Sin embargo, en el momento en que las negociaciones vayan más allá y afecten a las relaciones con terceros, habrá que determinar si la naturaleza y el objeto de dichas cláusulas restringen la libre competencia en los mercados.

En ese punto y dependiendo de la fase en que se encuentren las negociaciones, podrá activarse el protocolo de colaboración suscrito entre la CNC y el Ministerio de Trabajo e Inmigración, con el fin de prevenir problemas de competencia en la negociación colectiva, o bien habrá que recurrir a la apertura de un expediente sancionador que, en la medida en que admita compromisos suficientes para eliminar los efectos de las cláusulas restrictivas sobre la competencia y garantizar de manera suficiente el interés público, podrá ser resuelto mediante terminación convencional. Todo ello con el fin de crear una cultura de competencia en el ámbito de la negociación colectiva.

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE TRABAJO E INMIGRACIÓN

3149 *Resolución de 1 de febrero de 2010, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comisión Nacional de la Competencia.*

Suscrito el Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comisión Nacional de la Competencia, al apreciar este Departamento que existen razones de interés público para su publicación y en cumplimiento de lo dispuesto en el punto uno del artículo 60 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, procede la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del citado convenio, que figura como Anexo de esta Resolución.

Lo que se hace público a los efectos oportunos.

Madrid, 1 de febrero de 2010.—El Secretario General Técnico del Ministerio de Trabajo e Inmigración, José Antonio Panizo Robles.

ANEXO

Convenio de colaboración entre el Ministerio de Trabajo e Inmigración y la Comisión Nacional de la Competencia

En Madrid, a 25 de enero de 2010.

REUNIDOS

D. Luis Berenguer Fuster, en nombre y representación de la Comisión Nacional de la Competencia, con CIF n.º Q2801574A y domiciliada en Madrid, Calle Barquillo nº 5, CP 28004, que actúa como Presidente de la misma, de acuerdo con la competencia en materia de contratación que le atribuye el artículo 32 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.

Y D. Leandro González Gallardo, Subsecretario de Trabajo e Inmigración, en virtud de las facultades que le confiere el Real Decreto 550/2008, de 21 de abril, por el que se designa su nombramiento y actuando en nombre y representación de la Administración General del Estado, Ministerio de Trabajo e Inmigración, según lo establecido en el artículo 1 de la Orden TIN/1965/2009, de 17 de julio.

Las partes se reconocen la capacidad legal necesaria para formalizar el presente Convenio, y en su virtud

EXPONEN

Primero.—Que el artículo 90.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 23 de marzo (en adelante, «ET») atribuye a la autoridad laboral la tarea de controlar la legalidad del contenido de los convenios colectivos ante ella registrados y depositados, con carácter previo a su publicación. En el ámbito competencial de la Administración General del Estado esta función es asumida por la Dirección General de Trabajo del Ministerio de Trabajo e Inmigración (en adelante, «DGT»).

Segundo.—Que la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, «LDC») atribuye a la Comisión Nacional de la Competencia (en adelante «CNC») la facultad de preservar, garantizar y promover la existencia de una competencia efectiva

en los mercados en el ámbito nacional, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos autonómicos de defensa de la competencia en su ámbito respectivo.

Tercero.—Que, ante la posibilidad de que las partes firmantes de un convenio colectivo de ámbito superior a la Comunidad Autónoma incluyan cláusulas y compromisos que contravengan las disposiciones de la LDC, es preciso instrumentar una colaboración adecuada entre la DGT y la CNC que permita a ambas cumplir con las funciones que la legislación les encomienda.

Por todo lo expuesto, ambas partes acuerdan suscribir el presente Convenio, que se regirá por las siguientes

CLÁUSULAS

Primera. *Objeto del Convenio.*—El objeto del presente Convenio de Colaboración es el establecimiento de un Protocolo de actuación que permita a la DGT y a la CNC un eficaz desarrollo de las funciones que la legislación les encomienda en los aspectos relacionados con la negociación colectiva y la defensa de la competencia.

Segunda. *Bases de la actuación.*—El desarrollo del Protocolo se ajustará a los siguientes principios:

El presente Protocolo se desarrolla en el ámbito del procedimiento regulado en el artículo 90.5 del ET, cuyo impulso y resolución está asignado a la DGT, así como de las competencias atribuidas a la CNC por la LDC, para garantizar y promover la competencia efectiva en los mercados.

La DGT remitirá a la CNC únicamente los convenios colectivos que contengan a su juicio cláusulas que pudieran contravenir la LDC.

De acuerdo con el artículo 85.1 del ET, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las asociaciones empresariales. El presente Protocolo se aplicará a todos aquellos elementos de un convenio colectivo que, dentro de las materias que pudiera regular, fueren contrarios a la LDC.

Tercera. *Desarrollo del procedimiento.*

1. Comunicación a la CNC: Si, a lo largo del análisis de un convenio colectivo presentado ante la DGT, ésta considerara que alguna cláusula del mismo pudiera contravenir la LDC, remitirá mediante correo electrónico a la dirección de contacto de la CNC la siguiente documentación:

Texto del convenio colectivo.

Informe comprensivo de: la cláusula que pudiera contravenir la LDC extraída del texto del convenio, los motivos que pudieran hacer creer que es contraria a la LDC y cuantas otras cuestiones estime necesarias para que la CNC pueda hacer una evaluación adecuada.

2. Primer análisis por la CNC: Recibida la comunicación por la CNC, ésta realizará una primera evaluación, que comunicará a la DGT por el mismo medio, en la que declarará que, en un estudio preliminar, no existen indicios de una quiebra de LDC, que la cuestión remitida no es de su competencia o que considera que la cláusula puede vulnerar la LDC y ha de proceder a su análisis.

Se considera oportuno que esta primera evaluación sea rápida, y que la DGT pueda tener una respuesta en cinco días hábiles, con los siguientes resultados:

Si la CNC considera de forma preliminar que no hay indicios de infracción de la LDC, el procedimiento terminará en lo que a la intervención de la CNC se refiere.

En el caso de que la CNC apreciara de forma preliminar la existencia de posibles indicios de una vulneración de la LDC, lo pondrá en conocimiento de la DGT para iniciar su análisis más detallado. Las conclusiones de dicho análisis se comunicarán a la DGT en un plazo de 10 días hábiles.



3. Requerimiento a la comisión negociadora del convenio: Con el fin de dotar de la mayor transparencia al procedimiento de la autoridad laboral, el requerimiento que, en su caso, efectúe la DGT a la comisión negociadora del convenio colectivo mencionará expresamente que se ha efectuado consulta a la CNC y que ésta ha manifestado dudas sobre la compatibilidad del convenio con la LDC, otorgando el plazo de subsanación que de ordinario se da a las comisiones negociadoras de los convenios.

4. Actuaciones de la comisión negociadora: Realizadas las actuaciones señaladas, la comisión negociadora puede:

Asumir los requerimientos realizados y aplicar los cambios que, a juicio de la CNC, adecuen la cláusula o cláusulas a la LDC. La DGT remitirá a la CNC copia del convenio definitivo antes de su publicación.

Mantener la cláusula debatida.

En el caso de que la comisión negociadora mantuviera la cláusula del convenio colectivo que ha sido objeto de reparo, la DGT y la CNC realizarán, en el ámbito de sus competencias, las actuaciones que procedieren, informándose mutuamente, de forma que se cumpla el procedimiento de depósito, registro y publicación de los convenios colectivos de trabajo y las normas en materia de defensa de la competencia.

5. Comunicación a las Comunidades Autónomas: Este protocolo de actuación, una vez firmado por la DGT y la CNC, será comunicado a las autoridades laborales y de competencia de las Comunidades Autónomas.

6. Evaluación: La DGT y la CNC realizarán una evaluación conjunta del Protocolo e incorporarán en él cuantas mejoras consideren necesarias, a propuesta de cualquiera de las partes y en cualquier momento a partir de la firma del presente convenio.

Cuarta. Efectos y extinción del Convenio.—El presente Convenio tendrá una duración de un año, pudiendo ser prorrogado anualmente, de forma indefinida, salvo denuncia expresa de cualquiera de las partes, con al menos un mes de antelación a la fecha de su prórroga tácita.

Será causa suficiente para la resolución automática por denuncia del presente Convenio, el incumplimiento de cualquiera de sus cláusulas.

Las cuestiones litigiosas que puedan surgir en la interpretación y el cumplimiento del convenio serán resueltas por acuerdo de ambas partes. A falta de acuerdo la resolución del conflicto será competencia del orden contencioso-administrativo, de conformidad con la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Y para que conste, y en prueba de conformidad con lo anteriormente expuesto, las partes, firman este convenio, en cinco ejemplares, en el lugar y fecha indicados al inicio.—El Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, Luis Berenguer Fuster.—El Subsecretario de Trabajo e Inmigración (Orden TIN/1965/2009, de 17 de Julio), Leandro González Gallardo.

LA INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA

M^a LUZ LABRADA TELLADO¹
BEATRIZ DE GUINDOS TALAVERA²

1. INTRODUCCIÓN

Las infracciones complejas, y en particular los cárteles de larga duración, han sido un elemento clave en materia de defensa de la competencia desde hace mucho tiempo. Sin embargo, en los últimos años se ha producido una oleada de resoluciones nacionales, decisiones comunitarias y, más recientemente, sentencias judiciales especialmente a nivel comunitario que ha venido a consolidar la figura de la denominada infracción única y continuada en el derecho de la competencia.

Las razones pueden ser muchas y muy variadas, desde la creciente sofisticación de la aplicación del derecho *antitrust* a nivel global hasta la existencia de más y mejores medios entre las autoridades de competencia para detectar las prácticas anticompetitivas más dañinas para los mercados: los cárteles. Sin duda, algunos de los instrumentos que más han contribuido a este objetivo han sido el refuerzo de los poderes de inspección y la introducción del programa de clemencia en la mayor parte de las jurisdicciones europeas.

El objetivo de este artículo es profundizar, en primer lugar, en el concepto legal y jurisprudencial de la infracción única y continuada, tanto en términos generales del derecho administrativo como en particular en el ámbito de defensa de la competencia, pudiendo distinguirse un avance jurisprudencial muy distinto entre el derecho español y el comunitario.

En segundo lugar, y sobre la base de algunos casos relevantes tanto nacionales como comunitarios en los que ha quedado acreditada la existencia de una infracción única y continuada, se realizan una serie de reflexiones encaminadas a sistematizar algunas de las características más habituales de este tipo de infracciones del derecho de la competencia.

1. Vocal asesor de la Dirección de Investigación de la CNC.

2. Subdirectora de Industria y Energía de la Dirección de Investigación de la CNC.

2. EL CONCEPTO DE INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA EN EL DERECHO ESPAÑOL

La infracción continuada es un término ya consolidado en el derecho español, en sus distintas ramas, aunque especialmente en materia penal a través del delito o falta continuados tipificados en el Código Penal (CP).

En concreto, en el orden penal, el delito o falta continuada aparecen definidos en el artículo 74 del CP que establece: «el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado».

Es de destacar lo señalado recientemente por el Tribunal Supremo³ al aplicar el artículo 74 del CP. Así, señala lo siguiente sobre los presupuestos de aplicación del artículo 74:

Este precepto describe como presupuesto de aplicación: a) la realización de una pluralidad de acciones u omisiones con sustantividad tal que cada uno de ellos constituya, en principio, un determinado delito; b) que esa pluralidad surja a consecuencia de un único plan preconcebido, es decir adoptado antes de la plural realización, o aprovechando una ocasión que en todos los casos sea idéntica, y c) que los preceptos penales vulnerados por los plurales delitos sean de naturaleza, cuando menos, semejante.

Asimismo, distingue el TS el instituto de la conexión procesal de la continuidad delictiva, señalando que esta última, prevista como supuesto merecedor de regla especial de penalidad, da lugar, a través de una ficción jurídica, a la reconducción de una pluralidad de hechos a un único objeto procesal y, con ello, a la unidad procedimental que conlleva la existencia de una única sentencia y la imposición de una única pena. En concreto, señala el TS en la sentencia anteriormente mencionada:

La continuidad, prevista como supuesto merecedor de regla especial de penalidad del artículo 74 del CP implica unidad de delito, no obstante la pluralidad de comportamientos, si concurren los presupuestos de aquella norma. En tal supuesto se produce una ficción jurídica, que reduce a unidad una pluralidad de delitos que, de otra suerte, habrían de ser valorados y sancionados como entidades delictivas diferenciadas.

3. FD sexto de la Sentencia de la Sección 1^a de la Sala de lo Penal del TS de 23 de febrero de 2010.

La trascendencia procesal de esa continuidad, fingida por la norma penal material, es la reconducción de una pluralidad de hechos a un único objeto procesal. Y, por ello, a la unidad procedimental que ha de concluir en una única sentencia que, además, da lugar a la imposición de una única pena.

La conexión procesal, si bien puede dar lugar a la unidad procedimental, ni tiene el mismo origen ni produce los mismos efectos. Porque el origen es una pluralidad de hechos que, a su vez, da lugar a una subsistente pluralidad de delitos, con la consiguiente pluralidad de objetos procesales del procedimiento único, y porque el efecto es una pluralidad de sanciones, aunque se residencien en la única sentencia y, finalmente, pueda reconducirse a un límite máximo de cumplimiento.

La institución de la infracción continuada es introducida *ex novo* en nuestro ordenamiento jurídico administrativo a través del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/93, de 4 de agosto (REPS), norma de naturaleza reglamentaria, ya que la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJYPAC), guarda silencio al respecto. El precepto incorpora al ordenamiento administrativo sancionador una institución de larga trayectoria en el seno del derecho penal, que se refleja, en el actual CP, en su artículo 74 ya mencionado.

En concreto, el REPS define la infracción continuada en su artículo 4.6 *in fine* cuando señala:

Asimismo, será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

Añade el mencionado artículo 4.6 que «No se podrán iniciar nuevos procedimientos sancionadores por hechos o conductas tipificados como infracciones en cuya comisión el infractor persista de forma continuada, en tanto no haya recaído una primera resolución sancionadora de los mismos, con carácter ejecutivo».

También en el orden contencioso-administrativo, el Tribunal Supremo⁴ ha venido señalando los siguientes elementos constitutivos de la infracción única y continuada (en aplicación e interpretación del artículo 4.6 del REPS): i) pluralidad de acciones u omisiones con una unidad psicológica y material; ii) infracción

4. Sentencia de 7 marzo 2006 de la Sección 6ª de Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS (en materia de protección de datos personales), Sentencia de 19 de marzo de 2008 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS (en materia de defensa de la competencia; expediente 506/200 del TDC) y Sentencia de 16 de marzo de 2010 de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (en materia de protección de datos personales).

del mismo o de semejantes preceptos administrativos, y iii) planificación previa de la ejecución (misma unidad de voluntad) o, en su caso, aprovechamiento de idéntica ocasión.

La finalidad del elemento de la pluralidad de acciones persigue evitar que el infractor pueda verse favorecido por la escasa entidad de la sanción correspondiente a cada una de las acciones ilícitas singularmente consideradas, y así lo ha señalado el TS:⁵

este hecho no puede ser caracterizado como una infracción continuada (...), fundamentalmente porque no hay una pluralidad de acciones. Sin pluralidad de acciones no cabe hablar de infracción continuada, como destacan, entre otras, las sentencias de esta Sala atinadamente citadas por la recurrente. El apartado primero del art. 74 CP (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777), norma reguladora del delito continuado en el derecho español, cuya precisa definición es trasladable al ámbito del derecho administrativo sancionador, establece: «No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado, como autor de un delito o falta continuados, con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior.» Es claro, así, que la infracción continuada exige una pluralidad de acciones ilícitas de naturaleza semejante, guiadas por una única intención. La finalidad de esta figura es evitar que, tratándose de un desigmo unitario, el infractor pueda verse favorecido por la escasa entidad de la sanción correspondiente a cada una de las acciones ilícitas singularmente consideradas.

Tampoco es suficiente la existencia de una pluralidad de acciones, sino que es requisito acumulativo la existencia de una especie de unidad psicológica y material. En concreto, ha señalado el TS⁶ que «No basta, por lo tanto, para apreciar la existencia de infracción continuada con la simple reiteración de conductas semejantes, (...), es preciso que esa reiteración de conductas, además de infringir el mismo precepto u otro semejante, responda a un mismo proceso psicológico y material (...)».

Por último, no puede entenderse la existencia de una infracción continuada simplemente por el mero hecho de que persistan en el tiempo los efectos lesivos de la acción u omisión constitutiva de una infracción o que tal acción pudiera tener consecuencias lesivas en un momento posterior, ya que si se acogiera esta tesis «muchas infracciones penales o administrativas serían continuadas, ya que los efectos lesivos

5. FD Cuarto de la Sentencia de 16 de marzo de 2010 de la Sección 6^a de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (en materia de protección de datos personales).

6. Sentencia de de 7 marzo 2006 de la Sección 6^a de Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS.

de una acción u omisión pueden hacerse sentir tiempo después del momento de la comisión».⁷

3. LA INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA EN EL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Tanto en el derecho nacional como comunitario de defensa de la competencia no existe una previsión normativa expresa definidora de la infracción única y continuada. Es por ello que en el caso español, de conformidad con el carácter supletorio de la LRJYPAC previsto expresamente en el artículo 45 de la LDC, se ha aplicado e interpretado el artículo 4.6 del REPS, mientras que en derecho comunitario se han ido consolidando a través de la jurisprudencia los elementos constitutivos de la infracción única y continuada.

Por lo tanto, en el momento actual, tampoco se puede hablar de la existencia de un concepto jurisprudencial consolidado de infracción única y continuada en materia de defensa de la competencia en España, a diferencia del ámbito comunitario, en el que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE, actualmente Tribunal de Justicia de la UE) sí ha ido perfilando la aplicación de este tipo de infracción en el derecho de la competencia. Sin perjuicio de lo anterior, la infracción única y continuada ha venido aplicándose no sólo por la CNC sino también por el extinto TDC, como se analizará en el apartado siguiente.

Previamente, conviene hacer un breve repaso del concepto legal y jurisprudencial de la infracción única y continuada tanto en el derecho español de defensa de la competencia como en el comunitario, lo que pondrá de manifiesto las anteriores conclusiones.

3.1. EL CONCEPTO DE INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA EN EL DERECHO ESPAÑOL DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En la legislación española de defensa de la competencia, aunque se hace referencia expresa a la infracción continuada en el artículo 68.1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC), al regular la prescripción de las infracciones, no se define la misma, por lo que, de acuerdo con la supletoriedad de la LRJYPAC prevista en el artículo 45 de la LDC, habría que acudir al régimen administrativo común recogido en la LRJYPAC y su normativa de desarrollo.

7. Sentencia de 16 de marzo de 2010 de la Sección 6ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (en materia de protección de datos personales).

El mencionado artículo 68.1 de la LDC establece que «El término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado».

A diferencia de la LDC actual, en la anterior Ley 16/1989, de 17 de julio de Defensa de la Competencia, la prescripción se regulaba en el artículo 12 que establecía simplemente que «El término de la prescripción comenzará a correr desde el día en que se hubiera cometido la infracción» y no hacía referencia expresa particular para el caso de las infracciones continuadas.

Sin perjuicio de esto, la AN⁸ interpretó recientemente el artículo 12 de la antigua LDC para el caso de las infracciones continuadas en el mismo sentido que lo previsto en la nueva LDC al señalar que «en un supuesto como el de autos en que la infracción ha consistido no en la mera adopción del acuerdo, sino en su puesta en práctica continuadamente durante un período de tiempo largo, no puede entenderse que ha prescrito porque si el término de la prescripción comienza a correr desde el día en que se comete la infracción, no ha empezado a correr si la infracción no ha cesado».

Otro artículo de la LDC que se encuentra directamente relacionado con la infracción continuada es el artículo 64.1.d) de la LDC que se refiere a la duración de la infracción al regular los criterios para la determinación del importe de la sanción. En este sentido, una vez probado el hecho de que determinadas prácticas anticompetitivas forman parte de una infracción única y continuada, la duración de la infracción vendrá determinada por la duración total de todas las prácticas, entendiéndose que existe infracción desde el momento en se inició la primera de las prácticas anticompetitivas que componen el todo y que finaliza la infracción con la finalización de la última práctica realizada componente de ese todo.

Esto tendrá una influencia directa en la cuantificación de la multa a imponer al ser la duración de la infracción uno de los criterios para la determinación del importe de la sanción previsto en el artículo 64.1.d) de la LDC. A este respecto, la Comunicación de la Comisión Nacional de la Competencia de 6 de febrero de 2009, sobre la cuantificación de las sanciones derivadas de infracciones de los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y de los artículos 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (actuales artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), establece en su párrafo 15 que el importe básico de la sanción aumentará con la duración de la infracción si bien el peso relativo de cada año adicional de infracción será decreciente con la duración conforme a unas ponderaciones establecidas.

También el TS ha reconocido la infracción continuada en derecho de la competencia, aunque existen pocos pronunciamientos al respecto. Cabe destacar la ya mencionada sentencia de 19 de marzo de 2008, en la que el TS aprecia la existencia de una infracción continuada, aplicando los elementos del artículo 4.6 del

8. Sentencia de 6 de noviembre de 2009 de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

REPS y la continuidad delictiva del artículo 74 del CP, y procede a anular las cuatro sanciones impuestas imponiendo al recurrente una única sanción.

El TS explica en esa sentencia que las distintas prácticas anticompetitivas que forman parte de una infracción única y continuada se tratan como un todo, pudiendo imponer la sanción correspondiente a la infracción más grave que cada una de ellas hubiera constituido individualmente considerada. En este sentido, ha señalado que «En el derecho penal, las consecuencias sancionadoras que siguen de la apreciación de una continuidad delictiva son, de acuerdo con el artículo 74 del Código Penal (---), *la imposición de una única pena, en lugar de tantas cuantas correspondan a las acciones que integren el delito continuado, si bien la pena aplicable será la que corresponda a la infracción más grave (...). (...)* esta agravación de la pena se fundamenta en la reiteración de las acciones antijurídicas que ponen de manifiesto una persistencia del autor en su actitud contraria al derecho, que requiere una respuesta penal proporcionada» (cursiva añadida).

Asimismo, una reciente sentencia de la Audiencia Nacional,⁹ también en aplicación de la doctrina científica y jurisprudencial del delito continuado y del artículo 4.6 del REPS, considera que existe infracción continuada cuando concurren: i) pluralidad de hechos diferenciales; ii) concurrencia de un dolo unitario; iii) coordinadas espacio-temporales próximas; iv) unidad del precepto administrativo violado; v) unidad de sujeto activo, y vi) homogeneidad en el *modus operandi*. Asimismo, esta sentencia añade que la infracción continuada es igualmente admitida por el derecho comunitario habiendo impuesto la Comisión Europea sanciones por infracción continuada en distintos supuestos y que el Tribunal de Justicia ha confirmado los razonamientos de la Comisión.

Por lo tanto, cabe destacar que la infracción única y continuada está admitida en el derecho nacional de defensa de la competencia y que, actualmente, para determinar la existencia de la misma, el TS ha señalado que deben concurrir los siguientes elementos: i) pluralidad de acciones u omisiones; ii) infracción del mismo o de semejantes preceptos administrativos, y iii) planificación previa de la ejecución (misma unidad de voluntad) o, en su caso, aprovechamiento de idéntica ocasión.

3.2. EL CONCEPTO DE INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA EN EL DERECHO COMUNITARIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

En el derecho comunitario tampoco existe un concepto normativo de infracción única y continuada, sino que la misma ha sido objeto de creación doctrinal y jurisprudencial a través tanto de las decisiones de la Comisión Europea como de las sentencias del TPI y TJCE.

9. SAN de 6 de noviembre de 2009 en el recurso interpuesto contra la resolución del TDC en el expediente 617/06.

Para acreditar la existencia de infracción continuada, el TJCE ha exigido, fundamentalmente, la existencia de un plan conjunto y un objeto idéntico anticompetitivo, y también ha hecho determinados pronunciamientos sobre la participación y la duración en este tipo de infracciones, aspectos todos ellos que se desarrollan a continuación.

Plan conjunto y objeto idéntico

La jurisprudencia del TJCE¹⁰ ha venido exigiendo la existencia de un plan conjunto con un objeto idéntico contrario a la libre competencia y, si esto queda acreditado, resultaría artificial hacer una subdivisión en varios comportamientos, aunque cada uno de ellos individualmente considerado constituyera una infracción del derecho de la competencia.

Señala el TJCE¹¹ que «Una infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado. Esta interpretación no queda desvirtuada por el hecho de que uno o varios elementos de dicha serie de actos o del comportamiento continuado puedan también constituir por sí mismos y aisladamente considerados una infracción de la citada disposición (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 81). Cuando las diversas acciones se inscriben en un “plan conjunto” debido a su objeto idéntico que falsea el juego de la competencia en el interior del mercado común, la Comisión puede imputar la responsabilidad por dichas acciones en función de la participación en la infracción considerada en su conjunto».

Añade¹² que «resulta artificial subdividir en varios comportamientos distintos el acuerdo (...), caracterizado por una serie de esfuerzos que persiguen una única finalidad económica».

Es de destacar que recientemente el Tribunal General se ha hecho eco de esta jurisprudencia consolidada.¹³

Participación y responsabilidad de las empresas en la infracción única y continuada

Según jurisprudencia reiterada del TJCE,¹⁴ aplicable con carácter general a cualquier tipo de práctica colusoria, basta con que se demuestre que la empresa afectada ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente para probar satisfactoriamente la participación de dicha empresa en el cártel. Cuando la participación en tales

10. Sentencias del TJCE de 7 de enero de 2004 *Aalborg Portland A/S y otros/Comisión* y de 21 de septiembre de 2006 *Nederlandse Federatieve Vereniging/Comisión*.

11. Párrafo 258 de la Sentencia sentencia 7 de enero de 2004.

12. Párrafo 259 de la Sentencia sentencia del TJCE de 7 de enero de 2004 *Aalborg Portland A/S y otros/Comisión*.

13. Sentencia de 19 de mayo de 2010 de la Sala Octava del Tribunal General, *Boliden y otros/Comisión*.

14. Ver las Sentencias del TJCE de 8 de julio de 1999 *Comisión/Anic Partecipazioni*, y de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland A/S y otros/Comisión*.

reuniones ha quedado acreditada, incumbe a esta empresa aportar los indicios apropiados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada por un espíritu contrario a la competencia, probando que informó a sus competidores de que ella participaba en las reuniones con unas intenciones diferentes a las suyas.

La razón subyacente al principio anteriormente desarrollado es que, al haber participado en la reunión sin distanciarse públicamente de su contenido, la empresa ha dado a entender a los demás participantes que suscribía su resultado y que se atendería a éste. Todo salvo que la empresa hubiera expresado abiertamente su desaprobación respecto a las prácticas ilícitas o que hubiera informado a los demás participantes de que tenía intención de asistir a la reunión con una perspectiva diferente de la suya. Estos principios generales formulados por la jurisprudencia son aplicables también a la participación en la ejecución de un acuerdo único. Para establecer la participación de una empresa en un acuerdo de esta índole, se debe probar que la empresa: i) intentaba contribuir con su propio comportamiento a la consecución de los objetivos comunes perseguidos por el conjunto de los participantes, y ii) que tuvo conocimiento de los comportamientos materiales previstos o ejecutados por otras empresas para alcanzar los mismos objetivos o que pudo de forma razonable haberlos previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo.¹⁵

A este respecto, la aprobación tácita de una iniciativa ilícita sin distanciarse públicamente de su contenido o sin denunciarla a las autoridades administrativas produce el efecto de incitar a que se continúe con la infracción y pone en riesgo que se descubra. Esta complicidad constituye un modo pasivo de participar en la infracción que puede conllevar, por lo tanto, la responsabilidad de la empresa en el marco de un acuerdo único.¹⁶

Además, el hecho de que una empresa no aplique los resultados de una reunión cuyo objeto es contrario a la competencia no puede eliminar la responsabilidad correspondiente a su participación en un cártel, a menos que se distancie públicamente de su contenido.¹⁷

Por otro lado, el hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado no es relevante al imputarle una infracción. Sólo procede tomar en consideración dichos elementos cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, se determine la multa.¹⁸

Por lo tanto, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, existe infracción aunque una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de

15. Ver las Sentencias del TJCE de 8 de julio de 1999 *Comisión/Anic Partecipazioni*, Sentencia de 7 de enero de 2004 *Aalborg Portland A/S y otros/Comisión* y Sentencia de 8 de julio de 2008 *AC-Treuhand/Comisión*.

16. Ver la Sentencia del TJCE de 7 de enero de 2004 *Aalborg Portland A/S y otros/Comisión*.

17. Ver la Sentencia del TJCE de 7 de enero de 2004 *Aalborg Portland A/S y otros/Comisión*.

18. Ver las Sentencias de 8 de julio de 1999 *Comisión/Anic Partecipazioni* y de 7 de enero de 2004 *Aalborg Portland A/S y otros/Comisión*.

una práctica colusoria o haya desempeñado un papel menor, de tal forma que cuando se demuestra que la empresa en cuestión conocía los comportamientos ilegales de otros participantes o podía preverlos razonablemente y estaba dispuesta a aceptar el riesgo derivado de los mismos, se considera también responsable, durante todo el tiempo que duró su participación en dicha infracción, de los comportamientos de otras empresas en el marco de la misma infracción.

Es destacable lo previsto sobre participación en una infracción continuada en una reciente sentencia del Tribunal General¹⁹ en la que, además de hacerse eco de la jurisprudencia consolidada ya mencionada, se señala: «En efecto, el hecho de que el cártel, como tal, no quedara interrumpido no permite excluir que uno o varios de sus participantes hubieran interrumpido su participación durante cierto tiempo». Añade: «Una vez acreditada la existencia de un cártel e identificados sus participantes, la Comisión está obligada, a efectos de la imposición de las multas, a examinar la gravedad relativa de la participación de cada uno de ellos».

Duración de la infracción única y continuada

También en el ordenamiento jurídico comunitario, la duración de la infracción se tiene en cuenta para determinar la cuantía de la multa y así se señala claramente en el párrafo 24 de las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento (CE) n^o 1/2003: «Con el fin de tener plenamente en cuenta la duración de la participación de cada empresa en la infracción, el importe determinado en función del valor de las ventas (véanse los puntos 20 a 23 supra) se multiplicará por el número de años de participación en la infracción. Los períodos inferiores a un semestre se contarán como medio año; los períodos de más de seis meses pero de menos de un año se contarán como un año completo.»

Asimismo, jurisprudencia consolidada del TJCE²⁰ ha señalado que existe infracción continuada aunque hayan transcurrido determinados períodos de tiempo entre las manifestaciones del acuerdo o práctica colusoria continuada, dependiendo el análisis del caso y las circunstancias concretas.

En este sentido, ha señalado el TJCE²¹ que «*En el marco de un acuerdo global que dura varios años el transcurso de algunos meses entre las manifestaciones del acuerdo tiene poca importancia*. Por el contrario, el hecho de que las diferentes acciones se inscriban en un “plan conjunto” debido a su objeto idéntico es determinante» (cursiva añadida).

Asimismo y en la misma línea, con posterioridad, el TJCE²² ha establecido que el hecho de que no se haya aportado la prueba de la existencia de la infracción

19. Párrafo 83 de la Sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2010, *IMI y otros/Comisión*.

20. Sentencias del TJCE de 21 de septiembre de 2006 *Nederlandse Federatieve Vereniging/Comisión* y de 7 de enero de 2004 *Aalborg Portland A/S y otros/Comisión*.

21. Párrafo 260 de la Sentencia *Aalborg Portland A/S y otros contra Comisión*.

22. Ver párrafo 98 de la Sentencia de 21 de septiembre de 2006 *Nederlandse Federatieve Vereniging/Comisión*.

continuada para algunos períodos determinados no impide considerar que la infracción existió durante un período global más largo que dichos períodos, a condición de que tal comprobación se base en indicios objetivos y concordantes, de tal forma que *«En el marco de una infracción que dura varios años, el hecho de que las manifestaciones del acuerdo se produzcan en períodos diferentes, pudiendo separarse por intervalos de tiempo más o menos largos, no influye en la existencia de dicho acuerdo, siempre que las diferentes acciones que formen parte de esta infracción persigan una única finalidad y se inscriban en el marco de una infracción única y continuada»* (cursiva añadida).

Es destacable lo previsto recientemente por Tribunal General²³ sobre duración de una infracción continuada y cuándo el período de interrupción en las manifestaciones del acuerdo puede considerarse lo suficientemente prolongado para entender que ya no se trata de una infracción continuada. En este sentido, señala la mencionada sentencia: *«Por lo tanto, si bien el período que media entre dos manifestaciones de un comportamiento infractor es un criterio pertinente para acreditar el carácter continuado de una infracción, no es menos cierto que la cuestión de si dicho período es o no suficientemente prolongado para constituir una interrupción de la infracción no puede examinarse en abstracto. Por el contrario, debe apreciarse en el contexto del funcionamiento de la práctica colusoria de que se trate». Y añade: «(...) el período de ausencia de contactos o de manifestaciones colusorias por parte de las demandantes asciende a poco más de dieciséis meses, entre el 1 de diciembre de 1994 y el 11 de abril de 1996. Dado que este período excede en más de un año de los intervalos en los que las empresas participantes en la tercera rama del cártel manifestaban habitualmente sus respectivas voluntades de restringir la competencia (...), procede concluir que la Comisión incurrió en un error de Derecho y que es preciso anular la Decisión impugnada en la medida en que declara la responsabilidad de las demandantes por su participación en el cártel entre el 1 de diciembre de 1994 y el 11 de abril de 1996»* (cursiva añadida).

La tipificación de la infracción compleja como un acuerdo o práctica concertada

El TJCE ha venido señalando que como el artículo 101 del Tratado no prevé una calificación específica para una infracción compleja, pero sin embargo única, por estar constituida por un comportamiento continuado, caracterizado por una única finalidad e integrado a la vez por unos elementos que deben calificarse de «acuerdos» y por otros elementos que deben calificarse de «prácticas concertadas», tal infracción puede recibir la calificación de «acuerdo y práctica concertada», sin que se exija una prueba simultánea y cumulativa de que cada uno de los elementos de hecho presenta los rasgos constitutivos de un acuerdo y de una práctica concertada.²⁴

23. Párrafos 89 y 96 de la Sentencia del TG 19 de mayo de 2010, *IMI y otros/Comisión*.

24. Sentencia del TPI de 17 de diciembre de 1991 en el caso T-7/89 *Hercules Chemicals v. Comisión* (párrafo

Recapitulando todas las anteriores reflexiones sobre la infracción única y continuada en la jurisprudencia comunitaria, son destacables los siguientes elementos definitorios de la misma:

- La infracción única y continuada está constituida por diversas acciones inscritas en un plan conjunto, entendiéndose este bien como un comportamiento continuado que tiene una única finalidad económica, o bien como infracciones individuales relacionadas entre ellas por una identidad de objeto (misma finalidad) y de sujetos.
- La infracción única y continuada ha de tener un objeto idéntico contrario a libre competencia.
- No desvirtúa la existencia de una infracción única y continuada el hecho de que uno o varios elementos de la serie de actos que componen el comportamiento continuado puedan constituir por sí mismos y aisladamente una infracción de competencia.
- Una infracción continuada puede estar constituida por diversas modalidades de prácticas colusorias, ya sean acuerdos y/o prácticas concertadas y/o cualquier otra forma de práctica colusoria tipificada en la norma que formen parte de ese plan conjunto con un objetivo común y no se exige una calificación específica como acuerdo o práctica concertada ni una prueba simultánea y cumulativa de que cada uno de los elementos de hecho presenta los rasgos constitutivos de un acuerdo y de una práctica concertada.
- En lo que respecta al requisito de identidad de sujetos infractores, éste no puede ser entendido en su sentido literal, puesto que cuanto mayor sea la duración en el tiempo de un acuerdo continuado, más probable es que los integrantes del acuerdo entren o salgan de él, sin que la naturaleza del acuerdo único se vea afectada por el vaivén de socios. En todo caso, el requisito de identidad subjetiva debe entenderse como una exigencia de que se trate de una sucesión de prácticas acordadas entre la misma categoría de operadores en uno o varios mercados. De esta forma, puede existir una infracción continuada con independencia de la forma de participación de cada empresa en la práctica colusoria.
- El requisito de sucesión temporal tampoco puede entenderse de manera estricta, ya que la coordinación y cooperación pueden decaer en determinados momentos y verse interrumpidas durante determinados períodos temporales, pero conservar su esencia a lo largo del tiempo, de tal forma que puede existir infracción continuada aunque hayan transcurrido algunos meses o determinados períodos de tiempo entre las manifestaciones de la práctica colusoria constitutiva de la infracción continuada.

264), Sentencia del TPI de 20 de abril de 1999 en los asuntos acumulados T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94 y Sentencia del TJCE de 8 de julio de 1999 en el caso C-49/92 (párrafo 43).

4. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA APLICACIÓN DE LA INFRACCIÓN ÚNICA Y CONTINUADA EN EL DERECHO NACIONAL Y COMUNITARIO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

A la vista del desarrollo del concepto de infracción única y continuada en la práctica decisional de la Comisión Europea y de la CNC y, previamente, del Tribunal de Defensa de la Competencia (ver anexos I y II), son varias las reflexiones que cabe extraer de cara a la aplicación práctica de esta figura jurídica cada vez más extendida en el derecho de la competencia.

En primer lugar, y como puede deducirse automáticamente de la lectura de las decisiones y resoluciones sobre infracción única y continuada, se trata, con carácter general, de acuerdos y/o prácticas concertadas entre empresas cuya cuota conjunta en el mercado de referencia es elevada. Un ejemplo claro puede verse en la Decisión de la Comisión de 18 de abril de 2007 en el asunto C.37.766 sobre el mercado holandés de la cerveza, en el que quedó acreditada la participación de cuatro empresas cerveceras en una infracción única y continuada entre el 27 de febrero de 1996 y el 3 de noviembre de 1999, consistente en un acuerdo de coordinación de precios e incrementos de precios en Holanda así como de determinadas condiciones comerciales y asignación de clientes. La cuota de mercado total de los miembros del cártel en el mercado holandés superaba el 90 %. Otro ejemplo representativo puede encontrarse en la Decisión de la Comisión de 3 de septiembre de 2004 en el asunto C.38.069 sobre tubos de cobre para fontanería, recientemente confirmada por la Sentencia del Tribunal General de 19 de mayo de 2010, en la que la Comisión tomó en consideración la circunstancia de que los miembros del cártel poseían una cuota de mercado muy importante, concretamente, un 84,6 % del Espacio Económico Europeo.

Esta característica resulta lógica si se tiene en cuenta que en la medida en que los participantes del acuerdo representen una mayor proporción del mercado, la probabilidad de éxito del acuerdo será mayor al reducir la posibilidad de que surjan otros competidores, no partícipes del acuerdo, que pudieran atacar el mercado ante una fijación de precios o un reparto geográfico de clientes. Es decir, la existencia de este tipo de acuerdos anticompetitivos estables en el tiempo parece guardar una estrecha relación con la relevancia en el mercado de los sujetos infractores, garantizando con ello la continuidad temporal del acuerdo.

Por otra parte, en la medida en que se trata de conductas anticompetitivas que afectan a una parte importante del mercado, se trata de infracciones sujetas con carácter general al artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y no sólo al tipo infractor del artículo 1 de la LDC. Es decir, se trata de conductas que, por su alcance, son susceptibles de afectar al comercio entre Estados miembros y, por lo tanto, quedan también sujetas a lo dispuesto en el TFUE y, en particular, en el Reglamento 1/2003 del Consejo. Algunos ejemplos claros de resoluciones recientes del Consejo de la CNC en las que se ha declarado la existencia de una infracción única y continuada contraria a los artículos 1 LDC y 101

TFUE son las resoluciones S/0038/07 *Seguro decenal* de 12 de noviembre de 2009, S/0014/07 *Gestión Residuos Sanitarios* de 18 de enero de 2010 o S/0106/08 *Almacenes Hierro* de 17 de mayo de 2010.

Ahora bien, el concepto de la infracción única y continuada resulta de aplicación no sólo a empresas sino también a asociaciones de empresas en la medida en que éstas puedan actuar como operadores en el mercado. En efecto, los acuerdos, decisiones o recomendaciones adoptados por órganos internos que estatutariamente no pueden adoptar decisiones vinculantes para los asociados, lejos de ser simples manifestaciones de la voluntad unilateral de un sujeto no exteriorizada y, por ello, sin trascendencia jurídica ex artículos 1.1 LDC y 101.1 TFUE, constituirán acuerdos anticompetitivos en la medida en que tengan por objeto o sean aptos para coordinar o determinar el comportamiento de los miembros de la asociación, pudiendo constituir también, si concurren los demás requisitos necesarios, infracciones únicas y continuadas. Un ejemplo reciente de la aplicación de la figura de infracción única y continuada a la actuación de una asociación lo encontramos en la citada Resolución sobre Almacenistas de Hierros. En dicha resolución, el Consejo de la CNC declaró la existencia de una conducta colusoria del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, del artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, y del artículo 81 del TCE, por la actuación de la UAHE desde octubre de 1999 hasta junio de 2008, consistente en acordar y difundir, previa recomendación continuada en el tiempo, un nuevo modelo de facturación, fijando los recargos a aplicar a los clientes, su cuantía mínima y las condiciones de dicha aplicación. Igualmente se consideró acreditada una infracción de los mismos preceptos de la normativa nacional por la actuación de la UAHE desde mayo de 2005 hasta abril de 2008, consistente en difundir entre sus asociados modelos de carta sobre las alternativas de pago a ofertar a los clientes en período vacacional.

Otra característica habitual de la infracción única y continuada suele ser la periodicidad y sistematización de los contactos entre los miembros del acuerdo, generalmente en forma de reuniones. De nuevo, se trata de un elemento lógico de este tipo de conductas en la medida en que para garantizar la estabilidad y continuidad del acuerdo resulta necesario hacer un seguimiento del mismo y prever los mecanismos necesarios para, en su caso, poder modificarlo, actualizarlo o ratificarlo. No resulta necesariamente indispensable que de dichos contactos se deriven evidencias de intercambios de información comercial sensible ni que consten actas de los mismos, sino que la mera evidencia de reuniones o encuentros sistemáticos entre los participantes del cártel (incluso en el seno de una asociación) puede permitir inferir un elemento relevante del plan común de la infracción única y continuada. Pueden encontrarse muchos ejemplos de reuniones numerosas y bien organizadas (ver, por ejemplo, las resoluciones recientes de la CNC en los Expedientes S/0084/08 *Fabricantes de Gel* y S/120/08 *Transitarios*), si bien, a veces, para limitar el riesgo de detección, las empresas implicadas en un cártel de larga duración pueden recurrir a alternativas más discretas, como restringir las reuniones a algunas empresas que actúan a su vez en nombre de otros competidores. Esto ocurría, por

ejemplo, en el caso de los reforzadores del sabor de los alimentos (Asunto C.37.671, Decisión de la Comisión de 17 de diciembre de 2002), en el que se organizaron reuniones a las que asistieron sólo tres de los imputados que actuaron en nombre de los otros productores japoneses porque hubiera parecido sospechoso que todos los productores japoneses fueran a un centro turístico coreano juntos.

En efecto, en la medida en que las empresas suelen ser conscientes del carácter anticompetitivo de sus conductas, es habitual que la autoridad de competencia se encuentre con documentación de carácter fraccionario y dispersa, de modo que normalmente es preciso inferir la existencia y duración de la infracción de ciertas coincidencias e indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción única y continuada. No obstante, la introducción del programa de clemencia en los sistemas nacionales y comunitarios de defensa de la competencia ha supuesto un elemento clave para detectar este tipo de acuerdos y conocer en detalle el funcionamiento y duración de estas prácticas. Algunos ejemplos recientes son las Resoluciones de 21 de enero de 2010 (expte. S/0084/08 *Fabricantes de Gel*) y de 31 de julio de 2010 (expte. S/0120/08 *Transitarios*), casos pioneros de la aplicación del programa de clemencia en España, así como la mayor parte de las decisiones comunitarias sobre infracción única y continuada.

Igualmente, el refuerzo de los poderes de inspección de las autoridades de competencia y, en particular, de la CNC con la entrada en vigor de la Ley 15/2007, ha favorecido la detección de cárteles complejos de larga duración como han sido los asuntos de Hormigones de Cantabria (RTDC de 22 de julio de 2009), Gestión Residuos Sanitarios, Seguro Decenal o Unión de Almacenistas de Hierros, así como un importante número de expedientes que actualmente se encuentran en fase de instrucción tras la realización de inspecciones domiciliarias en la sede de las supuestas empresas infractoras y sobre los que el Consejo de la CNC se pronunciará en los próximos meses.

En relación con el resto de elementos relevantes del plan común que caracteriza a la infracción única y continuada, además de las reuniones y contactos periódicos, cabe referirse a los llamados actos preparatorios de las mismas. En ocasiones se alega por parte de los sujetos infractores que tales actos no deben constituir parte de la infracción imputable en línea con la doctrina jurisprudencial penal de los actos preparatorios del delito. Sin embargo, la aplicación de dicha doctrina debe apoyarse en la consolidada jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo que declara que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación al derecho administrativo sancionador con «ciertos matices». En línea con esta jurisprudencia, el Consejo de la CNC considera que no es posible aplicar al Derecho sancionador de defensa de la competencia tal cual, sin ningún matiz o adaptación, el principio de tipicidad penal, es decir, con la rigurosidad que tal principio se formula en el Derecho penal, «Y ello porque [...] frente a esta técnica penalista de la tipicidad o de deslinde preciso de lo que está prohibido (y, por exclusión, lo no penado), el Derecho de la competencia (nacional y comparado)

utiliza la técnica de la cláusula general prohibitiva, precisamente porque la utilización de la técnica de la tipicidad penal, en un ámbito como el mercado, atentaría al principio de seguridad jurídica, atendida la dificultad o imposibilidad de tipificar con la precisión exigida en el Derecho penal la multiplicidad de formas que puede adoptar el comportamiento restrictivo de los operadores económicos en el mercado. Una cláusula general prohibitiva de la colusión (art. 1.1 LDC y 101.1 TFUE) que se define por relación a los destinatarios (todo operador económico), al medio por el cual la conducta se establece (toda forma de concertación: acuerdos, decisiones o recomendaciones colectivas, prácticas concertadas o conscientemente paralelas) y, en particular, por la finalidad perseguida y prohibida (la causación actual o potencial de un daño a la competencia efectiva en los mercados). Por lo tanto, una cláusula general o tipo abierto deliberadamente impreciso que constituye, en cierta forma, un mandato implícito del legislador a las autoridades administrativas y jurisdiccionales encargadas de su aplicación para elaborar de forma progresiva el Derecho de la competencia» (Resolución de 17 de mayo de 2010 en el expediente S/106/08 *Almacenes de Hierro*).

Otro elemento habitual de la infracción única y continuada puede ser la perpetuación de los efectos del acuerdo en el mercado. De hecho, la estabilidad de cuotas de mercado de los operadores a lo largo del tiempo puede contribuir a inferir de un conjunto de acciones la existencia de una infracción única y continuada, como se señala en el Fundamento de Derecho Cuarto de la Resolución antes citada S/0014/2010 *Gestión Residuos Sanitarios*: «Y la mejor demostración de que se trata de una multiplicidad de acciones, que forman parte de una única estrategia de concertación con un objetivo único, se desprende de los efectos de la misma: el mantenimiento de la estabilidad que a lo largo del tiempo presentan las cuotas de mercado de las empresas, tanto a nivel nacional como por CC.AA.»

En cuanto a la duración de las infracciones únicas y continuadas, son varias las conclusiones que pueden extraerse de la doctrina existente. En primer lugar, se trata obviamente de conductas cuya duración no puede haberse limitado a un momento puntual, sino que son conductas que guardan una relación espacio-temporal de sucesión. Ahora bien, este requisito de sucesión temporal no puede entenderse de manera estricta: la coordinación y cooperación tienen altibajos, pueden decaer en determinados momentos o incluso verse interrumpidas por episodios periódicos de guerras de precios, pero conservar su esencia a lo largo del tiempo. La ya citada Resolución sobre Almacenes de Hierro se pronuncia sobre este aspecto al señalar que «el hecho de que no exista prueba directa en determinados años [...] de las actividades que, evaluadas en su conjunto, integran una infracción única, no impide en Derecho concluir que esta infracción continuaba estando activa, por cuanto existe abundante prueba de hechos posteriores a esos periodos de tiempo, que acreditan la persistencia del objetivo final y único que permite inscribir todas esas conductas o actividades en un plan conjunto o estrategia anticompetitiva, consistente en unificar desde la UAHE el comportamiento competitivo de los almacenistas».

No obstante, siguiendo el razonamiento anterior, la infracción única y continuada tampoco exige que su duración sea ilimitada en el tiempo, sino que permita poner en marcha el plan común propio de este tipo de conducta anticompetitiva mediante una pluralidad de acciones guiadas por una misma finalidad. En este sentido, cabe destacar algunos ejemplos de infracciones cuya duración no ha sido muy extensa pero sí lo suficiente como para considerar que se trataba de conductas únicas y continuadas: la Comisión declaró la existencia de una infracción única y continuada por un período de 3 años en los asuntos C.37.027 *Fosfato de zinc* y C.37.766 *Cerveza holandesa*, en contraposición a los casos más frecuentes en los que las infracciones se han mantenido a lo largo de extensos períodos de tiempo, incluso décadas.

Por último, en cuanto a la fecha final de la infracción, de la práctica decisonal existente no puede concluirse sin más cuál debe ser el criterio para su fijación. En efecto, existen casos en los que el final de la infracción imputada viene dado por la fecha de la última reunión o acción acreditada (ver, por ejemplo, las decisiones de la Comisión en los ya mencionados asuntos de cervezas de Holanda o potenciadores de sabor). Al mismo tiempo, existen casos en los que se presume que la práctica habría continuado hasta la fecha de incoación del expediente sancionador, como ocurre, por ejemplo, en el Expediente S/0091/08 *Vinos Finos Jerez*, sobre el que recientemente se ha pronunciado el Consejo de la CNC. En su decisión de 28 de julio de 2010, se establece que «El Consejo coincide con la DI [Dirección de Investigación] al valorar la infracción descrita en el anterior Fundamento de Derecho como una infracción única y continuada que consiste en que durante un largo y continuado período, de 2001 hasta la incoación de 2008, el cártel ha llevado a cabo una serie de acuerdos cuyo objeto era mantener los precios del mercado BOB en un nivel que permitiese obtener su expectativa de rentabilidad». La elección de una u otra alternativa vendrá dada necesariamente por la información obrante en el expediente y, por lo tanto, por las evidencias que permitan acreditar o al menos presumir la continuidad de la infracción hasta el momento de su detección formal. En la medida en que la existencia de un elemento permita investigar el acuerdo sin que el resto de operadores tengan conocimiento de dicha investigación, será más probable que la infracción única y continuada se extienda hasta el momento en que se abra formalmente el procedimiento sancionador, si bien, como se ha señalado, dependerá en todo caso de la información obrante en el expediente.

También en relación directa con la duración de la infracción, como consecuencia de la entrada en vigor de la nueva LDC, y dada la extensión en el tiempo de este tipo de prácticas continuadas, cabe señalar que ante una conducta infractora continuada que se extiende bajo el imperio de dos leyes debe aplicarse, en atención a lo dispuesto por el artículo 128.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, aquella norma que globalmente resulte más favorable al infractor. En este caso concreto, se considera que resulta procedente aplicar como norma sustantiva la Ley 16/1989, bajo la que se inició y ha tenido lugar de forma mayorita-

ria la conducta infractora, sin perjuicio de que el procedimiento aplicado sea el de la Ley 15/2007, de acuerdo con lo previsto en la Disposición transitoria primera de la misma ley.²⁵

5. CONCLUSIÓN

El repaso por la doctrina y jurisprudencia en materia de defensa de la competencia del concepto de infracción única y continuada permite poner de manifiesto la creciente importancia de este tipo infractor, especialmente a raíz de la introducción de los programas de clemencia y el refuerzo de los poderes de inspección por parte de las autoridades de competencia.

Sin embargo, sigue siendo necesario crear un concepto jurisprudencial global, aún ausente en el derecho español y posiblemente de muchos otros Estados miembros, que favorezca una aplicación coherente y homogénea del mismo por parte de las autoridades *antitrust*. Dicha coherencia resulta más necesaria aún si cabe teniendo en cuenta la interrelación existente entre el derecho nacional y el comunitario en este tipo de infracciones, a las que habitualmente resulta de aplicación no sólo la normativa nacional sino también lo dispuesto en el artículo 101 del TFUE por su relevancia y capacidad de afectar al comercio entre Estados miembros.

En España, afortunadamente, son muchos los asuntos sobre infracción única y continuada cuya revisión judicial permitirá contar en los próximos años con una base jurisprudencial suficiente para dotar de seguridad jurídica su aplicación, que no debería obviar los principios ya consolidados al respecto por la jurisprudencia comunitaria, con el fin de que las autoridades españolas de competencia puedan contar con un concepto jurisprudencial global y consistente de la infracción única y continuada.

BIBLIOGRAFÍA

Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE– (anteriormente Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas –TJCE–):

STJCE de 8 de julio de 1999 *Comisión/Anic Partecipazioni*

STJCE de 7 de enero de 2004 *Aalborg Portland A/S, As. C-204/00* y acumulados

STJCE de 21 de septiembre de 2006 *Nederlandse Federatieve Vereniging/Comisión*

STJCE de 8 de julio de 2008 *AC-Treuhand/Comisión*

25. Ver, entre otras, Resolución del Consejo de la CNC de 18 de enero de 2010 en el expediente S/0014/07 *Gestión Residuos Sanitarios*.

Sentencias del Tribunal General –TG– (anteriormente Tribunal de Primera Instancia –TPI–):

STPI de 17 de diciembre de 1991 en el caso T-7/89 *Hercules Chemicals v. Comisión*

STPI de 20 de abril de 1999 en los asuntos acumulados T-305/94, T-306/94,

T-307/94, T-313/94, T-314/94, T-315/94, T-316/94, T-318/94, T-325/94,

T-328/94, T-329/94 y T-335/94

STPI de 12 de diciembre de 2007

STPI de 30 de abril de 2009

STG de 19 de mayo de 2010 *Boliden y otros/Comisión*

STG de 19 de mayo de 2010 *IMI y otros/Comisión*

Sentencias del Tribunal Supremo:

STS de 23 de febrero de 2010 (Sala de lo Penal)

STS de 7 marzo 2006 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

STS de 19 de marzo de 2008 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

STS de 16 de marzo de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

Sentencias de la Audiencia Nacional:

SAN de 6 de noviembre de 2009 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

Decisiones de la Comisión Europea:

Decisión de 11 de diciembre de 2001 en el asunto C.37.027 *Fosfato de zinc*

Decisión de 17 de diciembre de 2002 en el asunto C.37.671 *Potenciadores de sabor de alimentos*

Decisión de 30 de octubre de 2002 en el asunto C.37.784 *Subastas de arte*

Decisión de 3 de septiembre de 2004 en el asunto C.38.069 *Tubos de cobre*

Decisión de 18 de abril de 2007 en el asunto C.37.766 *Mercado holandés de cerveza*

Resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (anteriormente Tribunal de Defensa de la Competencia):

RTDC de 22 de julio de 2009 en el expediente 648/08 *Hormigones de Cantabria*

RCNC de 12 de noviembre de 2009 del expediente S/0038/07 *Seguro decenal*

RCNC de 18 de enero de 2010 del expediente S/0014/07 *Gestión Residuos Sanitarios*

RCNC de 21 de enero de 2010 del expediente S/0084/08 *Fabricantes de Gel*

RCNC de 17 de mayo de 2010 del expediente S/0106/08 *Almacenes Hierro*

RCNC de 28 de julio de 2010 del expediente S/0091/08 *Vinos Finos Jerez*

RCNC de 31 de julio de 2010 del expediente S/120/08 *Transitarios*²⁶

26. Ver párrafo 330 de la Sentencia del TJCE de 7 de enero de 2004 *Aalborg Portland AIS y otros/Comisión*.

COMPETENCIA EN EL MERCADO MAYORISTA DE ELECTRICIDAD

JUAN JOSÉ ALBA RÍOS

EDUARDO MOREDA DÍAZ¹

Dirección de Regulación de Endesa

1. INTRODUCCIÓN: LAS ACTIVIDADES DEL SECTOR ELÉCTRICO

Como consecuencia de la Directiva 96/92/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de electricidad, se aprobó la Ley 54/97, del Sector Eléctrico, que traspuso a la legislación española los principios de liberalización del sector eléctrico recogidos en la Directiva.

Con esta ley, el sector eléctrico quedó organizado en diversas actividades, según el mismo esquema vigente en el resto de la Unión Europea:

- Generación,
- Transporte y distribución,
- Suministro o comercialización,
- Operación del sistema.

La aprobación de esta ley supuso la introducción de la libre competencia en la generación y el suministro de energía eléctrica, mientras que transporte, distribución y operación del sistema continuaron siendo actividades reguladas.

Esto supuso un cambio fundamental. La generación dejó de ser una actividad regulada, en la que las inversiones eran planificadas por la Administración, el operador del sistema decidía las centrales que iban a ser despachadas en cada momento, cuya retribución era establecida por la Administración mediante valores estándares, y pasó a desarrollarse en libre competencia: las decisiones de inversión empezaron a ser tomadas libremente por las empresas generadoras y las centrales

1. Con la colaboración de César Martínez Villar, José Joaquín Sellan Iribarren y Luis Prieto Moragon.

tenían que competir entre sí en los mercados para vender su producción, al precio que resultase en los citados mercados.

La comercialización o suministro de energía eléctrica dejó gradualmente de ser responsabilidad de los distribuidores, que hasta entonces suministraban a los consumidores conectados a sus redes a tarifas establecidas por la Administración, al permitirse a los consumidores eléctricos adquirir su energía libremente (de acuerdo con un calendario de liberalización, empezando por los mayores consumidores hasta extenderse esta libertad de elección a todos los usuarios a partir del 1 de enero de 2003). A tal efecto se creó la figura del comercializador, que era la sociedad mercantil que, pagando el correspondiente acceso a las redes de transporte y distribución, compraba energía en los distintos mercados para venderla a consumidores finales o a otros sujetos del sistema.

De esta forma, tras la aprobación de la Ley del Sector Eléctrico, los consumidores podían comprar su energía a los comercializadores (al precio pactado con ellos),² o comprar su energía a los distribuidores a las tarifas reguladas por el Gobierno. Esta última posibilidad ha desaparecido desde el 1 de julio de 2009. A partir de dicha fecha, la totalidad de la demanda es suministrada por comercializadores a través del libre mercado, si bien se mantiene la tarifa de último recurso para consumidores de baja tensión con menos de 10 kW de potencia contratada.³

1.1. GENERACIÓN

La actividad de generación (o producción) en el sistema eléctrico nacional se desarrolla en un régimen de libre competencia, como queda establecido en el art. 11 de la Ley del Sector Eléctrico:

1. La producción de energía eléctrica se desarrolla en un régimen de libre competencia en el mercado de producción de energía eléctrica.

El mercado de producción de energía eléctrica es el integrado por el conjunto de transacciones comerciales de compra y venta de energía y de otros servicios relacionados con el suministro de energía eléctrica.

Esta libertad de instalación de nueva capacidad de generación ha permitido que en los últimos años hayan aparecido nuevos operadores en el sector de la generación eléctrica, y se hayan llevado a cabo cuantiosas inversiones en nueva capacidad de generación.

En la actividad de generación coexisten y compiten diversas tecnologías: cen-

2. También podían acudir directamente al mercado mayorista a comprar la energía necesaria, aunque, por motivos prácticos, esta posibilidad sólo es aprovechada por clientes de gran tamaño.

3. A diferencia de las tarifas existentes hasta el 30 de junio de 2009, la tarifa de último recurso no es aplicada por los distribuidores, sino por los denominados comercializadores de último recurso.

trales hidráulicas, nucleares, de carbón, de fuel-oil y de ciclo combinado de gas natural (CCGT). Éstas pertenecen al denominado régimen ordinario. En la actualidad la tecnología utilizada en la práctica totalidad de los nuevos proyectos de generación térmica es el ciclo combinado de gas natural, por razones económicas, técnicas y ambientales. En pocos años esta tecnología ha pasado de no utilizarse a ser la tecnología más usada en el régimen ordinario, y a ser el caballo de batalla de los nuevos entrantes en el mercado eléctrico.

Asimismo, dado el estímulo regulatorio que la producción de electricidad a partir de fuentes de energía renovables y la cogeneración han tenido en los últimos años, que ha culminado con las últimas directivas de la Unión Europea, la capacidad instalada y la producción de estas tecnologías, que pertenecen al llamado régimen especial han tenido un crecimiento incluso más espectacular que el experimentado por los nuevos entrantes en el régimen ordinario.

Las centrales de régimen ordinario y las de régimen especial compiten en el mismo mercado eléctrico. La única diferencia entre ellas es que las segundas reciben un tratamiento regulatorio diferenciado, al tratarse de tecnologías que nuestro legislador (y la Unión Europea) han querido promover. Las centrales de régimen especial pueden vender su energía a un precio fijado por la Administración, independiente del precio de mercado, o al precio de mercado pero recibiendo un complemento o prima. Por lo demás, todas están sujetas, en general, a los mismos procedimientos de mercado, operación y despacho y tienen obligaciones muy similares desde los puntos de vista técnico y regulatorio.

1.2. MERCADO MAYORISTA: DÓNDE COMPRAN Y VENDEN

GENERADORES, COMERCIALIZADORES E INTERMEDIARIOS

El mercado mayorista, denominado en la normativa española «mercado de producción», engloba una serie de mercados que aparecen recogidos en el propio art. 11 de la Ley 54/1997.

El mercado de producción de energía eléctrica se estructura en mercados a plazo, mercado diario, mercado intradiario, la resolución de restricciones técnicas del sistema, los servicios complementarios, la gestión de desvíos y mercados no organizados.

El mercado a plazo, el mercado diario y los mercados intradiarios son los mercados en los que la oferta y la demanda están formadas por los distintos generadores, comercializadores y consumidores finales que acuden directamente al mercado, que compran y venden la energía eléctrica libremente en función de sus intereses.

En general, estos mercados son gestionados por el operador del mercado ibérico de Energía, cuyo polo español, OMEL, gestiona el mercado diario y los mercados intradiarios, y cuyo polo portugués gestiona el mercado a plazo. Existen

también los denominados mercados no organizados u OTC (del inglés *over the counter*), donde generadores, comercializadores y consumidores compran y venden bilateralmente, sin la intervención del operador del mercado.

Los procesos de resolución de restricciones técnicas del sistema, los servicios complementarios y la gestión de desvíos son utilizados por el operador del sistema para asegurar el equilibrio entre oferta y demanda en cada instante y garantizar la seguridad del sistema eléctrico. En ellos, los generadores venden productos tales como la reserva (mantener una central disponible para subir o bajar su nivel de producción en minutos o segundos, cuando lo requiera el operador del sistema) o modifican su producción para asegurar que se respetan los límites de la red o que se corrigen adecuadamente perturbaciones en el suministro.

En general, y de modo muy simplificado, es en el mercado mayorista donde los generadores venden a los comercializadores la energía que éstos necesitan para suministrar a sus clientes. Normalmente los clientes finales no participan en el mercado mayorista (aunque pueden hacerlo y, de hecho, algunos clientes con grandes consumos lo hacen habitualmente). El precio mayorista no es, normalmente, el que pagan los consumidores finales (del mismo modo que el precio internacional del Brent no es el que pagan los consumidores de gasolina), pero sirve de referencia fundamental a los comercializadores (del mismo modo que el precio internacional del Brent sirve de referencia a los vendedores al por menor de gasolina).

Las complejidades técnicas del suministro eléctrico hacen que el mercado mayorista, en realidad, esté formado por varios mercados con horizontes temporales diferentes en los que se compran y venden distintos productos (desde un suministro eléctrico constante para un año determinado hasta la disponibilidad para variar la producción de una central eléctrica en cuestión de segundos), todos los cuales son necesarios para asegurar la producción y entrega de la electricidad. Como ocurre en otros mercados de materias primas, no sólo compran y venden los productores y los comercializadores, sino que existe una pluralidad de intermediarios, que contribuyen a dar liquidez.

Como ya se ha dicho, los consumidores finales no suelen participar en el mercado mayorista. Sin embargo, el mercado mayorista es la base sobre la que se construye el suministro a los clientes finales: un mercado mayorista competitivo es el elemento fundamental para que pueda hablarse de un suministro eléctrico en competencia. Es en el mercado mayorista de electricidad donde se desarrolla la competencia entre los generadores, que han alcanzado niveles muy elevados gracias a la incorporación de numerosos nuevos entrantes, tanto en el régimen ordinario de generación como en el régimen especial (baste citar a empresas como Gas Natural, E.on, Acciona, Electrabel, Alpiq, etc.), lo que ha reducido de forma muy acelerada la concentración del sector existente en los primeros años de historia del mercado.

Este capítulo se centra en el mercado mayorista, desde una perspectiva de competencia. Tras una breve introducción, dejamos para otro momento una discusión del desarrollo de la competencia en el mercado minorista.

1.3. LA COMERCIALIZACIÓN O SUMINISTRO DE ELECTRICIDAD

Los comercializadores son las entidades que compran energía a los generadores y utilizan las redes de transporte y distribución para suministrarla a los clientes.

Del mismo modo que la generación, el suministro de electricidad se configura como una actividad en competencia. Los comercializadores luchan por reducir al mínimo sus costes operativos y maximizar sus ventas, obteniendo de esta forma el mayor margen posible. La presión competitiva se encarga de transferir parte de este margen a los consumidores, vía reducción del precio o mejora de los productos y servicios ofrecidos.

Todavía está pendiente alcanzar un nivel de desarrollo de la competencia en el suministro de electricidad similar al alcanzado en generación. En este caso las dificultades no provienen de la falta de nuevos entrantes, sino del efecto de la existencia de una tarifa regulada hasta la mitad del año 2009 y de la existencia de la tarifa de último recurso a partir de entonces.

Una tarifa regulada de forma administrativa constituye, de forma innegable, un valor de referencia contra el que no puede luchar ningún suministrador en el mercado si no se establece de forma adecuada. Y en España hemos vivido muchos años de tarifas insuficientes, que no recogían el coste completo del servicio, por lo que un comercializador no podía competir contra ellas. El interés político de la administración por disponer de unas tarifas eléctricas reducidas se ha convertido durante mucho tiempo en el principal escollo para la liberalización del suministro de electricidad, contra el que nada han podido hacer los suministradores.

Afortunadamente, este problema ha quedado resuelto para una parte importante de la demanda, ya que actualmente sólo existe tarifa regulada para los consumidores conectados en baja tensión con potencia contratada inferior a 10 kW, aunque este sector supone aproximadamente el 95 % de los consumidores. Es de esperar que en un futuro no muy lejano este umbral se reduzca, limitándose con ello la capacidad de la administración para intervenir en el mercado de suministro de electricidad a los clientes finales.

1.4. LAS ACTIVIDADES REGULADAS

Según el esquema introducido por la Ley 54/1997, no todas las actividades del sector eléctrico están sometidas a competencia. La red eléctrica sigue siendo un monopolio natural: una hipotética competencia en la prestación de este servicio no conduciría a una mayor eficiencia en la asignación de los recursos, pues se desarrollarían infraestructuras redundantes, lo que acabaría suponiendo un mayor coste para el sistema y, por lo tanto, para los consumidores.

Este hecho es manifiestamente claro en el caso de la distribución de energía eléctrica: no resultaría eficiente que coexistieran varios distribuidores en una misma zona, cada uno de ellos tratando de llegar con sus redes a todos los consu-

midores. Esto supondría multiplicar los costes y las molestias para los usuarios, infraestructuras infrautilizadas y duplicadas, más perturbaciones por obras y zanjas, etc. Por esta razón, esta actividad se realiza en régimen de monopolio: cada distribuidor es responsable de desarrollar y operar la red en una zona determinada, pero no puede cobrar por ello el precio que desea, sino que su retribución es establecida por la Administración. La existencia de varias grandes compañías distribuidoras (cinco grandes y un gran número de empresas de pequeño tamaño) permite (teóricamente) al regulador realizar comparaciones entre los niveles de inversión y coste y la calidad de servicio de cada distribuidor, con objeto de fijar la retribución de cada compañía.

Desgraciadamente, todavía está pendiente de desarrollo el esquema regulatorio que permita fijar de manera objetiva la retribución de la actividad de distribución, teniendo en cuenta la calidad de servicio alcanzada, las inversiones realizadas y los activos existentes.

Otra actividad que tiene características de monopolio natural es la operación del sistema: ésta consiste en la «dirección técnica» del conjunto del sistema eléctrico, para asegurar que en todo momento la energía producida es igual a la consumida, que el sistema de generación y suministro funciona de manera segura y es capaz de resistir a posibles incidencias y perturbaciones, que todos los productores y consumidores conectados (o que desean conectarse) a la red son tratados de manera no discriminatoria y que la red se va desarrollando para hacer frente a las necesidades futuras.

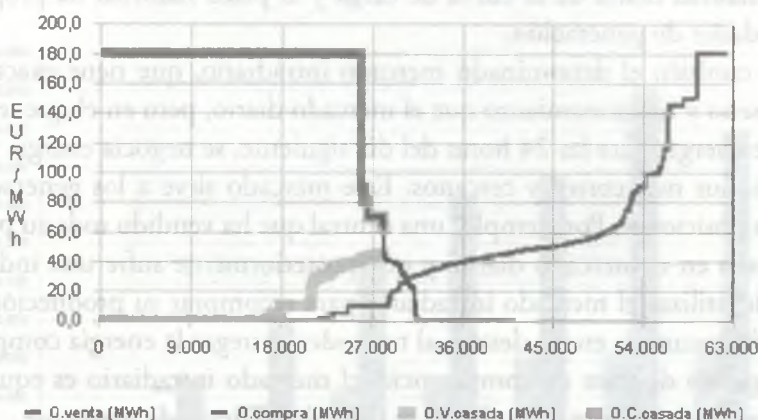
En algunos países, como España, la operación del sistema y la red de transporte están unidas en una misma entidad (en nuestro caso, Red Eléctrica de España). En otros casos (como el Reino Unido, buena parte de Latinoamérica o de los Estados Unidos), la operación del sistema es un monopolio separado del transporte, y pueden existir diversos transportistas (todos ellos sometidos a la planificación y explotación comunes dictadas por el operador del sistema). De este modo el regulador puede comparar a los transportistas entre sí (lo que suele denominarse competencia referencial) para conseguir la máxima eficiencia en el desarrollo de la red.

2. EL MERCADO DIARIO

El **mercado diario** es la parte del mercado mayorista en el que se compra y vende energía para el día siguiente. Suele conocerse también como **mercado spot** o **pool** (así se conoció el primer mercado eléctrico de estas características, en Inglaterra y Gales). En España (y en la mayoría de los países de la Unión Europea) el mercado diario se organiza mediante una subasta de energía para cada una de las 24 horas del día siguiente, en la que participan principalmente las centrales eléctricas como vendedoras. Esta subasta es gestionada por el Operador del Mercado Ibérico de Energía (OMIE), Polo Español, OMEL. El cruce de oferta y demanda que se realiza en estas subastas es lo que suele conocerse como «casación».

Resultado de estas 24 subastas son 24 precios horarios, que son los que cobran todos los generadores que producen en cada una de esas horas. Esto es lo que se denomina un mercado marginalista. Precisamente este carácter marginalista ha sido objeto de polémica, por lo que volveremos sobre él, con más detalle, al final de este capítulo.

Mercado diario - Hora 20 - 02/06/2010



Fuente: OMEL

La existencia de un mercado diario o *spot* es habitual en todos los países de nuestro entorno. Sus gestores, equivalentes a OMEL, son denominados *power exchanges* en la terminología internacional. No obstante, a diferencia de lo que ocurre en la mayoría de los países europeos, OMEL tiene una función de operador del mercado definida en la legislación sectorial, y un papel cuidadosamente establecido en la regulación. Una situación similar ocurre en Italia. En otros países de la Unión Europea, como Francia, Alemania, Holanda o el Reino Unido, el operador del mercado no realiza una función definida por la regulación (de hecho, las directivas europeas del mercado interior de electricidad no tratan esta función), y los *power exchanges* han aparecido, normalmente, como iniciativa de los participantes del mercado, como entidades que facilitan la compraventa mayorista y la gestión de los riesgos asociados a ésta. De hecho, en algunos países existen o han existido varios *power exchanges*.

Esta diferencia entre la naturaleza regulatoria de los diversos operadores del mercado lleva a que, en algunos casos (como España) la unidad de oferta básica sea cada una de las unidades en que se organiza una central eléctrica (conocidas como «grupos»), mientras que, en casos como el alemán o el francés, se realizan ofertas «de cartera», donde no ofertan centrales o grupos sino empresas, que pueden tener varias centrales. Estas diferencias regulatorias, así como la existencia de incentivos regulatorios hacia unas u otras formas de contratación, lleva también a que los mercados *spot* difieran mucho en el volumen que negocian. En el caso español, OMEL gestiona la mayor parte de la producción de electricidad (y lo

mismo ocurre en Escandinavia con Nordpool), mientras que en Alemania o Francia la mayor parte de la energía se negocia al margen del mercado *spot* y éste es un mercado de ajustes, donde las empresas compran o venden la energía que les sobra o falta después de sus operaciones bilaterales.

En los mercados de materias primas (o *commodities*) se denomina mercado *spot* a aquél en el que se desarrollan las transacciones de más corto plazo. En el caso de la electricidad, el plazo de 24 horas es el habitual en las operaciones *spot*, debido a la estacionalidad diaria de la curva de carga y al plazo habitual de programación de las unidades de generación.

Existe también el denominado mercado intradiario, que tiene exactamente el mismo diseño y funcionamiento que el mercado diario, pero en el que, en lugar de negociarse energía para las 24 horas del día siguiente, se negocia energía con entrega en periodos más cortos y cercanos. Este mercado sirve a los generadores para ajustar sus posiciones. Por ejemplo, una central que ha vendido toda su producción para mañana en el mercado diario, y que posteriormente sufre una indisponibilidad, puede utilizar el mercado intradiario para recomprar su producción, pues de lo contrario incurriría en un desvío, al no poder entregar la energía comprometida. Desde el punto de vista de competencia, el mercado intradiario es equivalente al diario, por lo que en este capítulo no se discutirá independientemente.

2.1. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

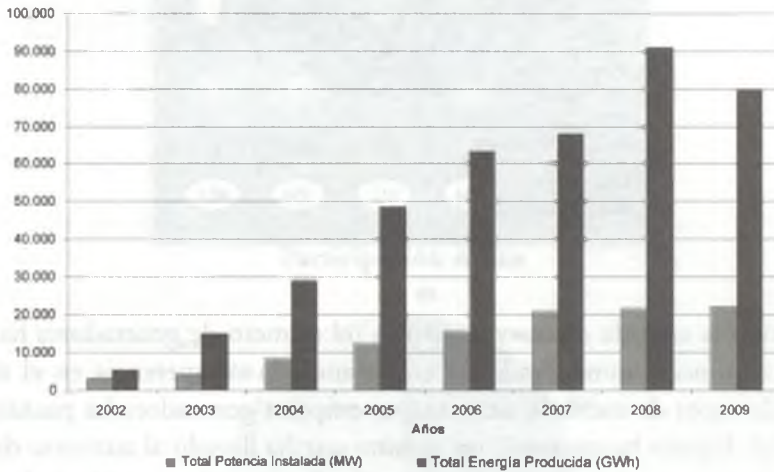
Desde un punto de vista de competencia, no puede separarse la evolución del mercado mayorista de la evolución del parque generador, pues son la entrada de nuevas centrales y empresas generadoras, o los cambios de propiedad del parque generador, los que marcan la evolución de la situación competitiva. Hasta la publicación en noviembre de 1997 de la Ley del Sector Eléctrico, el parque generador español estaba en manos de un grupo relativamente reducido de empresas, cuya retribución estaba regulada y garantizada. La planificación de nueva capacidad no era responsabilidad de las empresas generadoras, sino que estaba centralizada en manos del Gobierno.

A partir de 1998, la producción de energía eléctrica en España se desarrolla en un régimen de libre competencia, esto es, existe libertad de instalación de nueva capacidad de generación y de suministro de combustibles. Este nuevo marco regulador de la actividad eléctrica ha dado lugar a un profundo cambio en el sistema eléctrico, donde las inversiones han pasado a realizarse exclusivamente a partir de las expectativas económicas de las empresas.

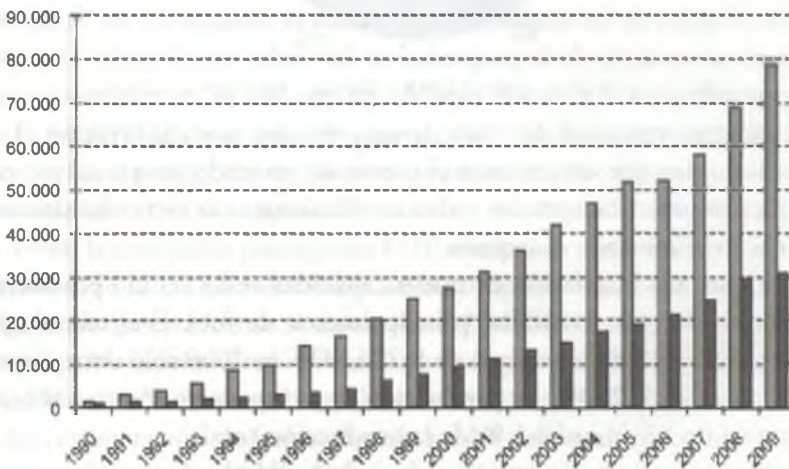
El parque generador español ha pasado de 47.052 MW a finales de 1997 a los 93.215 MW actuales. Destacan especialmente, dentro de la nueva capacidad instalada de régimen ordinario, las centrales de gas de ciclo combinado. La primera de ellas no se instaló hasta el año 2000, pero actualmente suman 22.243 MW instalados (un 24 % del total), siendo la tecnología con mayor potencia instalada del sistema.

Mención especial merece el extraordinario crecimiento de las tecnologías del régimen especial, que en la actualidad suponen el 34 % de la capacidad total instalada con más de 30.000 MW. Dentro de las tecnologías del RE destaca principalmente la eólica, que cuenta con más de 18.000 MW instalados, capacidad superior a cualquier tecnología de régimen ordinario a excepción de los CCGT.

Evolución CCGT

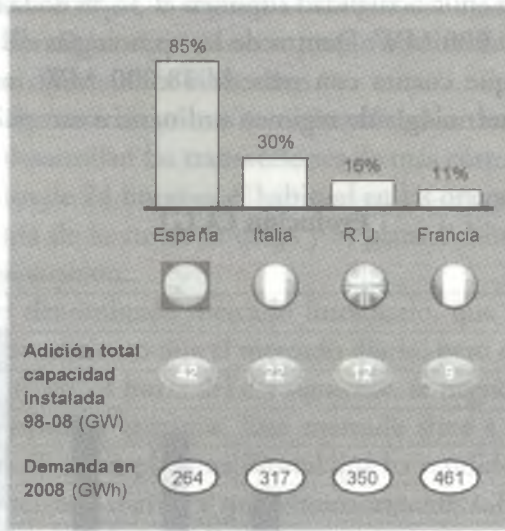


Evolución Régimen Especial



España ha sido el país de la Unión Europea que más capacidad de generación con mayor diversidad de propietarios ha añadido en los últimos doce años. La instalación de toda esta nueva capacidad, centrada en ciclos combinados y eólica,

Incremento de capacidad por país Porcentaje. 1998 a 2008



ha permitido la entrada de nuevos agentes (el número de generadores ha pasado de cinco a quince), aumentando de esta manera la competencia en el mercado eléctrico (la cuota de mercado de la mayor empresa generadora ha pasado del 42 % al 24 %). España ha recorrido un camino que ha llevado al aumento de la presión competitiva en el mercado eléctrico y la disminución notable de la concentración, poniendo de manifiesto la falta de barreras a la entrada de nuevos agentes.

Se puede apreciar en los gráficos siguientes cómo la propiedad de las dos tecnologías que han tenido más crecimiento, eólica y CCGT, se encuentra muy repartida, no teniendo ninguna de las empresas tradicionales ni siquiera un 30 % del total.

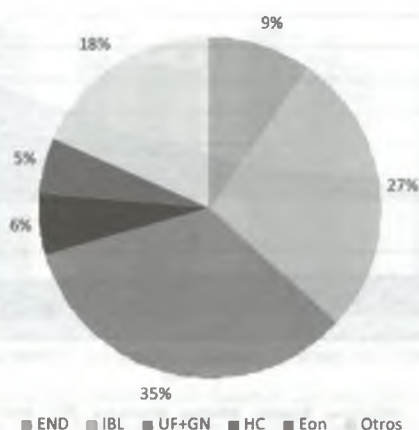
La baja concentración de la propiedad en los ciclos combinados es particularmente importante para el mercado español, ya que ésta es, normalmente, la denominada tecnología marginal. Se trata de las centrales que suministran el último MWh necesario, las que determinan el precio de mercado en un mayor número de horas. La competencia entre los ciclos combinados es el factor fundamental de competencia en el mercado mayorista.

Paralelamente a la instalación de nueva capacidad se ha venido produciendo el cierre paulatino de otras centrales, principalmente de fuel. Esta tecnología, que contaba con una capacidad instalada de 8.214 MW en 2000 solo tiene disponibles 3.927 MW a finales de 2009 y su producción, que disminuye año tras año, se sitúa actualmente en un testimonial 1 % de la producción total.

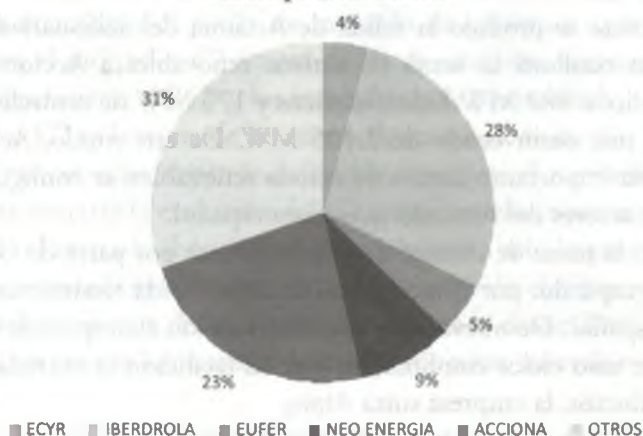
La capacidad instalada de centrales de carbón prácticamente ha permanecido invariable desde 1998, con mínimas reducciones de capacidad de los grupos existentes. Sin embargo, su participación en la cobertura de la demanda se ha visto reducida en gran medida, significando solo un 13 % de la producción total en 2009.

La evolución de la competencia no viene dada sólo por la construcción de nuevas centrales, sino también por las operaciones corporativas que suponen cam-

Participación CCGT



Participación eólica



bio en la titularidad de activos de generación. Desde la liberalización del sector eléctrico se han producido numerosas operaciones de fusión y desinversión en España, que han afectado significativamente a la propiedad del parque generador.

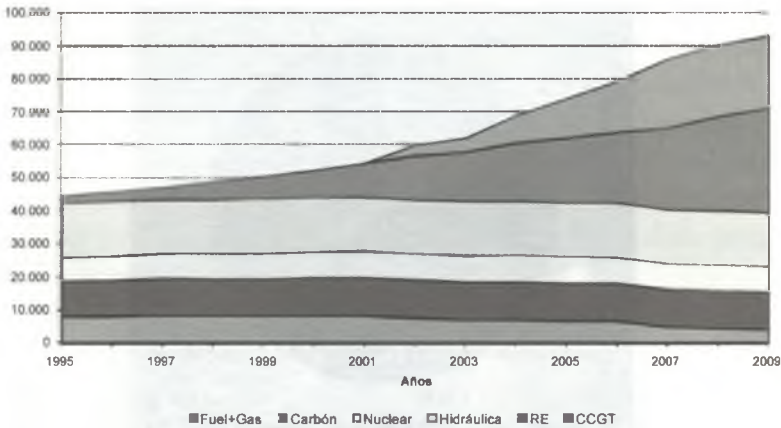
En 1994, la compañía portuguesa EDP compró la totalidad de Hidroantábri-co, permitiendo la entrada definitiva de la compañía lusa en el mercado español, contribuyendo de esta forma al desarrollo del MIBEL.

La compañía italiana Enel se introdujo en España en 2002 a través de la adquisición de los activos de Viesgo, que hasta entonces formaba parte de Endesa.

La mayor operación de fusión llevada a cabo en España fue el conocido proceso de toma de control sobre Endesa, que involucró a varios agentes. Al intento de compra inicial por parte de Gas Natural en 2005 le siguió la oferta de la alemana E.on en 2006, para finalmente ser adquirida conjuntamente por Enel y Acciona y, finalmente, en solitario por Enel.

La adquisición de Endesa originó el traspaso de Viesgo, así como la central térmica de Los Barrios (550 MW) y el ciclo combinado de Tarragona (400 MW)

Evolución de la potencia instalada del parque generador



a E.on, lo que supuso la aparición de esta empresa como uno de los mayores generadores en España.

Posteriormente se produjo la salida de Acciona del accionariado de Endesa. Esta operación conllevó la venta de activos renovables a Acciona, incluyendo 1.248 MW eólicos, 682 MW hidroeléctricos y 175 MW de centrales minihidráulicas, en total una desinversión de 2.105 MW. De este modo, Acciona, que ya disponía de una importante cartera de activos renovables, se configuró como otro de los grandes actores del mercado mayorista español.

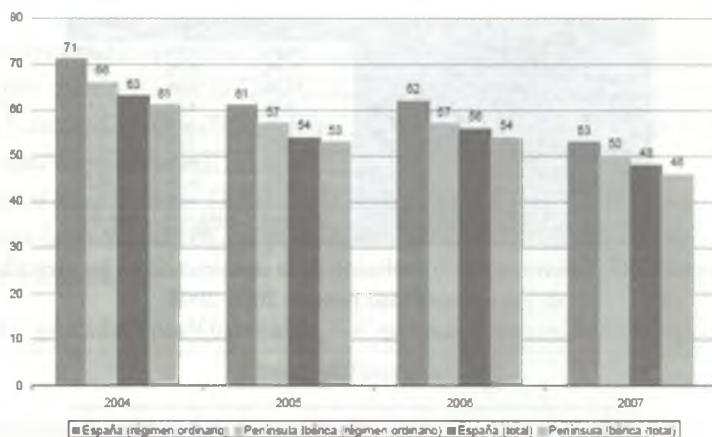
Por último, la toma de control de Unión Fenosa por parte de Gas Natural ha sido el último capítulo, por el momento, de la profunda reestructuración del sector eléctrico español. De nuevo, esta operación ha ido acompañada de la venta de activos, en este caso ciclos combinados, que ha facilitado la entrada, por ahora, a un nuevo productor, la empresa suiza Alpiq.

2.2. EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPALES INDICADORES DE CONCENTRACIÓN

Aunque no toda la energía que se consume en el sistema eléctrico español se negocia en el mercado diario, el precio que sale de él es la referencia que toman los agentes para fijar los precios de los contratos bilaterales,⁴ por lo que puede considerarse que condiciona directa o indirectamente el precio que pagan los consumidores por toda la energía que consumen.

De ahí el interés de las autoridades en garantizar que exista un alto nivel de competencia, de tal forma que ningún agente ejerza poder de mercado para alterar la formación de precio en el mercado diario.

4. Del mismo modo que el precio del Brent, que sólo es uno de los tipos de crudo que se negocia internacionalmente, es una referencia básica para todo el comercio de petróleo y sus derivados.



Fuente: *Competition and Regulation in the Spanish Gas and Electricity Markets, Reports of the Public-Private Sector Research Center 1*, IESE, Giulio Federico y Xavier Vives.

Para tratar de medir este nivel de competencia existen una serie de indicadores que son utilizados por los organismos reguladores para medir el grado de concentración en un mercado y el poder de mercado de cualquier agente. Entre ellos mencionaremos el indicador C2 (cuota de los dos mayores agentes), el índice de Herfindahl-Hirschmann (HHI) y los indicadores de pivotalidad.

El indicador C2 es la suma de las cuotas de mercado de los dos mayores agentes. Lógicamente, su valor depende de cuál se considere el mercado relevante. La figura siguiente muestra la evolución del C2 considerando como mercado relevante sólo España, el mercado ibérico, teniendo en cuenta sólo la generación en régimen ordinario o toda la generación, incluyendo también el régimen especial.

Esta marcada tendencia descendente ha continuado desde 2007 hasta hoy, por las desinversiones citadas y la entrada de más producción renovable y nuevos ciclos combinados.

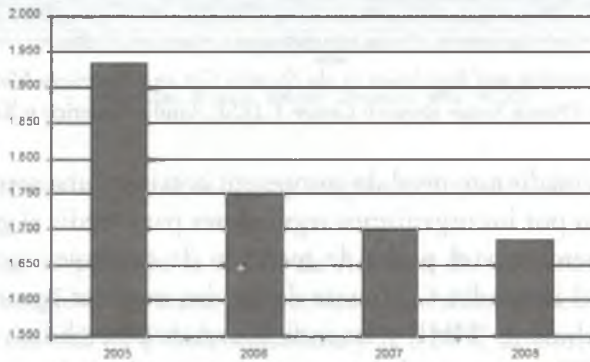
El HHI es uno de los indicadores más utilizados en todo el mundo para medir la concentración de un mercado determinado. Se calcula como la suma del cuadrado de las cuotas de mercado de cada empresa y, por lo tanto, podría tomar valores que van desde 0 (infinitos agentes) hasta 10.000 (un monopolio con un único agente que tiene el 100 % de cuota).

Analizando la evolución del HHI en el mercado español en los últimos años se obtienen los siguientes resultados:⁵

5. Se incluye un rango de valores para el HHI por no disponerse de información detallada sobre la propiedad de las instalaciones del régimen especial. El menor valor corresponde a una hipótesis de propiedad muy atomizada, el valor superior supone que todas pertenecen a un único agente.

Generación total	2006	2007	2008
ENDESA	28,0%	27,8%	26,2%
IBERDROLA	25,4%	23,7%	23,4%
UNIÓN FENOSA	11,3%	12,5%	12,5%
GAS NATURAL	6,7%	6,2%	6,6%
EDP-NEOCANTÁBRICO	5,4%	5,3%	5,4%
EDF VIESGO	2,0%	2,0%	2,5%
OTROS (RÉGIMEN ORDINARIO)	4,0%	4,5%	6,9%
OTROS (RÉGIMEN ESPECIAL)	13,8%	14,7%	16,7%
IMPORTACIONES	3,4%	3,2%	2,1%
HHB MEDIO ANUAL	1648-1850	1585-1811	1569-1801
Generación neta + importaciones (GWh)	271 079	280 409	284 181

Fuente: CNE, Informe sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad periodo 2006-2008.



Fuente: CNE. Informe sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad. 2005-2007 y 2006-2008.

Suele aceptarse que un HHI inferior a 1.000 significa que no existe ningún tipo de concentración, que un HHI inferior a 1.800 significa que existe una pequeña concentración en el mercado, y solamente con HHI muy superiores a 1.800 existen problemas de concentración en un mercado.

A partir de los datos calculados por la CNE, se puede concluir que el mercado de la generación ha sufrido un proceso de desconcentración por la entrada de nuevos agentes y las desinversiones realizadas por determinadas empresas que han conducido a que desde el año 2006 hayan desaparecido los posibles problemas de concentración existentes en el mercado español. Estos datos no reflejan todavía las recientes ventas de activos de Endesa a Acciona y de Gas Natural Fenosa a Alpiq, que reducen todavía más el HHI del sector, aunque tampoco reflejan la concentración consecuencia del éxito de la OPA de Gas Natural sobre Unión Fenosa.

Otros indicadores que se utilizan para medir el poder de mercado de un determinado agente son los indicadores de pivotalidad: se dice que un generador es pivotal (o pivote) cuando su capacidad de producción resulta necesaria para abastecer la demanda (es decir, si sus centrales no estuvieran disponibles, la demanda no podría abastecerse completamente). Eso quiere decir que un generador pivotal podría, teóricamente, vender su producción al precio que deseara. Cuando no existe ningún generador pivotal, nadie es imprescindible, y siempre existen, al menos, dos suministradores potenciales.

Existen diversas definiciones matemáticas de los índices de pivotalidad, que son utilizadas, por ejemplo, por la CNE, en sus informes de seguimiento de la competencia en el mercado mayorista. Suelen utilizarse el RSI (*Residual Supply Index*) y el PSI (*Pivotal Supply Index*).

El *Residual Supply Index* (RSI) mide lo necesaria que es la potencia de un agente para cubrir la demanda en un periodo de tiempo determinado. Se calcula según la siguiente fórmula:

$$RSI_h = \frac{(CapacidadTotalDisponible_h - CapacidadDisponibleGenerador_{ih})}{DemandaEnergíaTotal_h} \times 100$$

Para detectar la existencia de poder de mercado por parte de algún agente utilizando este indicador se utiliza el «test de Sheffrin», según el cual existirían problemas de competencia si un agente tiene un RSI inferior o igual al 110 % durante más del 5 % de las horas en un año. Se considera un RSI de un 110 % en lugar del 100 % por la necesidad de tener que garantizar un margen de seguridad (del 10 %) sobre la demanda final.

El «Informe sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad. Periodo 2006-2008», elaborado por la CNE, presenta la siguiente evolución del cumplimiento de este criterio:

	Agente	% de horas con RSI ≤110%	Número de horas con RSI ≤110%	Hipotética cesión de potencia para que RSI fuera ≤110% durante menos del 5% de las horas (MW)
2006	Endesa	4,7%	412	-
	Iberdrola	17,5%	1533	2901
	Otros	0,0%	0	-
2007	Endesa	11,5%	1007	1949
	Iberdrola	18,6%	1629	3454
	Otros	0,0%	0	-
2008	Endesa	1,6%	141	-
	Iberdrola	5,6%	492	265
	Otros	0,01%	1	-

El *Pivotal Supply Index* (PSI) mide las horas en que un generador es necesario para cubrir la demanda. Se calcula según la siguiente fórmula:

$$PSI = \frac{Horasenque(Demanda - CapacidadDisponibleOtrosGeneradores > 0)}{HorasTotales} \times 100$$

El mismo informe ya citado de la CNE presenta la siguiente evolución del PSI, que muestra como en 2008 ya ningún generador puede considerarse pivotal:

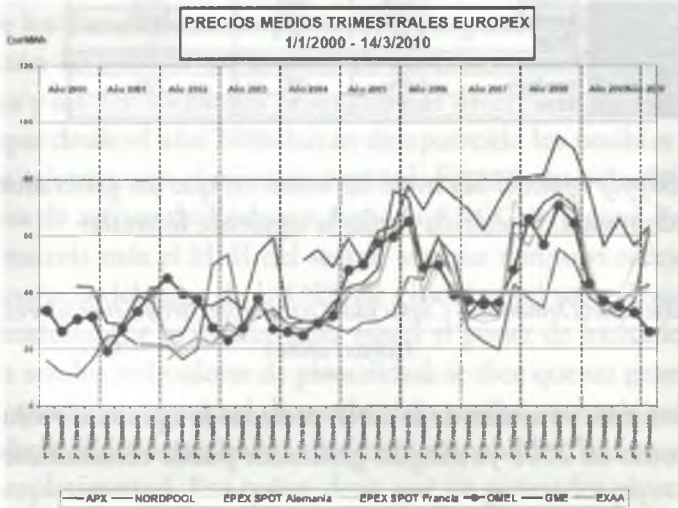
	Agente	% horas con PSI =1	Número de horas con PSI=1	Nivel max de demanda residual horaria (MW)
2006	Endesa	0,1%	6	903
	Iberdrola	3,1%	270	3.954
	Otros	0,0%	0	0
2007	Endesa	1,8%	156	7.130
	Iberdrola	4,4%	386	8.130
	Otros	0,0%	0	0
2008	Endesa	0,0%	0	0
	Iberdrola	0,3%	30	2.127
	Otros	0,0%	0	0

Todos estos indicadores muestran que, aunque puntualmente ha podido haber algún agente con poder de mercado, en la actualidad este poder ha desaparecido y el sistema eléctrico español goza de una sana estructura competitiva.

2.3. EVOLUCIÓN DE LOS PRECIOS Y COMPARACIÓN INTERNACIONAL

Las importaciones de electricidad en el sistema español son muy pequeñas (menos del 3 % de la demanda nacional), poniendo de manifiesto el nivel de aislamiento del sistema eléctrico español respecto al resto de Europa. España se encuentra en lo que se denomina habitualmente como «isla energética».

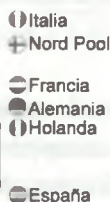
A pesar de este hecho, los precios de la electricidad que ha habido en el sistema español no se han separado significativamente de los habituales en los distintos mercados europeos, principalmente en Francia, Alemania y Holanda (APX):



Fuente: OMEL

Esta convergencia en los precios con el resto de mercados europeos se ha roto desde el cuarto trimestre del año 2009, momento en el que los precios en el mercado español se han hundido con respecto a los registrados en mercados vecinos.

abr-09 may-09 jun-09 jul-09 ago-09 sep-09 oct-09 nov-09 dic-09 ene-10 feb-10 mar-10

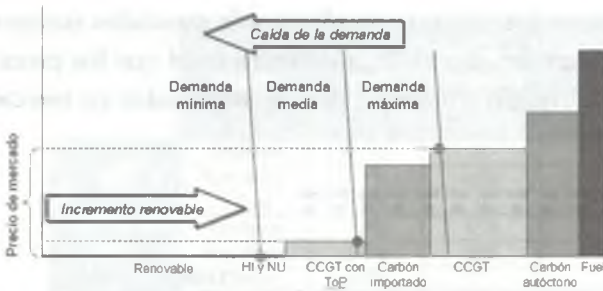


Precio de España en marzo:
 50% del precio de Alemania y Holanda
 44% del precio de Francia
 34% del precio de NordPool
 31% del precio de Italia

Las causas de este desplome se pueden encontrar en una convergencia de factores, tales como la bajada de la demanda como consecuencia de la crisis económica, el gran crecimiento de la producción del régimen especial, la fuerte hidraulicidad del momento, la existencia de contratos *take or pay* de gas y la posible sobrecapacidad instalada.

Desde hace tiempo, el Gobierno español ha promovido la producción a partir de fuentes de energía renovables. Para ello, ha establecido un sistema de tarifas y primas a los productores del régimen especial que han permitido el rápido crecimiento del parque generador renovable. El hito que ahora se ha marcado la Unión Europea de alcanzar un objetivo de producción de energía con fuentes renovables del 20 % con respecto al consumo total de energía va a potenciar aún más el desarrollo del régimen especial, habida cuenta de que el resto de sectores energéticos, especialmente el gas natural y los hidrocarburos, apenas van a poder contribuir al cumplimiento de dicho objetivo.

La promoción de la generación renovable mediante tarifas y primas tiene como lógico resultado que se construya mayor capacidad de estas tecnologías de la que resultaría del libre juego del mercado. Pero no puede olvidarse que la producción renovable compite en el mismo mercado que las centrales del régimen ordinario. La venta de toda esta producción renovable en el mercado diario tiene un gran impacto en el precio, ya que, al ser una producción no gestionable (cuyo coste de oportunidad es cero), estos productores ofertan su energía al precio de 0 €/MWh al mercado, lo que ocasiona que se desplace la curva de oferta y los precios mayoristas sean cada vez más bajos. Los productores del régimen especial no sufren los efectos de esta bajada de precios, dado que, posteriormente, la Comisión Nacional de Energía les complementa los ingresos que obtienen en el mercado hasta completar la retribución que tienen establecida.



El problema radica en la ruptura de la señal de precios a largo plazo del mercado. En el sistema eléctrico compiten tecnologías con diversas combinaciones de costes fijos y variables: centrales con elevados costes fijos (que requieren grandes inversiones, como las hidráulicas, las nucleares o las eólicas) tienen costes variables comparativamente bajos. Centrales con costes fijos más moderados (como es el caso de los ciclos combinados o las plantas de carbón), tienen costes variables comparativamente más altos. Un mercado sin distorsiones envía las señales correctas de inversión en los distintos tipos de tecnologías. De esta forma, los agentes invertirán en una tecnología con un determinado ratio de costes fijos y variables en tanto el mercado permita rentabilizar dichas inversiones. Si se invierte demasiado, los precios caerán por debajo de cierto valor, enviando la señal de no invertir más en dicha tecnología. Sin embargo, la subvención que perciben los productores del régimen especial les permite ignorar las señales del mercado y seguir invirtiendo sin más límite que el posible control que se pueda imponer a la hora de otorgar nuevas subvenciones. Sin embargo, esto tiene un efecto de reducción de los precios que afecta al resto de tecnologías, que sí están expuestas a la señal del precio de mercado. Y no sólo afecta a las decisiones de inversión, frenando la entrada de nueva capacidad convencional, sino también a la viabilidad de las centrales existentes.

Un segundo factor que influye en la situación actual de los precios es el exceso de gas contratado. Cuando se invirtió en la construcción de ciclos combinados, teniendo en cuenta las previsiones de crecimiento de la demanda y los objetivos de desarrollo de la producción renovable (en aquellos años, sensiblemente más moderados que los que se han establecido posteriormente), los generadores firmaron contratos de suministro de gas a largo plazo que incluían cláusulas *take or pay*, como es la práctica habitual en el mercado gasista internacional. En aquel momento no existía otra forma de asegurarse un suministro de gas con la fiabilidad suficiente (desde entonces ha aumentado la liquidez en el mercado *spot* de gas natural licuado). Estas cláusulas obligan al comprador a pagar un cierto volumen del gas contratado, independientemente de que se consuma o no. Y estos volúmenes se establecieron de acuerdo con las previsiones de funcionamiento (unas 5000 o 6000 horas al año) que resultaban del crecimiento de demanda y los objetivos de renovables que existían entonces.

El posterior crecimiento del régimen especial, muy superior a lo que se preveía entonces (repetimos, no por un error de previsión de los generadores, sino por

unos objetivos cada vez más ambiciosos fijados por el Gobierno y unas ayudas cada vez más generosas) ha llevado a que esas centrales de gas (y también las de carbón) se utilicen aproximadamente la mitad de lo entonces previsto. No obstante la dificultad de vender en otros mercados el gas contratado y los costes que ello implicaría para los propietarios de los CCGT (por ejemplo, los elevados peajes que han de pagar por contratar el acceso a la red de de gas, aunque no lleguen a utilizarla), les están obligando a tener que consumir obligatoriamente el gas contratado. Ello les obliga a ofertar la producción de estos CCGT en el mercado a un precio nulo o muy reducido.

Un tercer factor que aparece al tratar de explicar la situación de los precios mayoristas en España es un supuesto exceso de capacidad. En efecto, como ya hemos detallado, en los últimos años se ha llevado a cabo un fuerte proceso inversor en nueva capacidad, tanto del régimen ordinario (CCGT), como del régimen especial. En total existen en la España peninsular más de 93 GW instalados para satisfacer una punta de demanda que históricamente no ha rebasado los 45 GW. De esta capacidad, más de 18 GW son parques eólicos, unos 14 GW son otras instalaciones de régimen especial, casi 4 GW son antiguas centrales de fuel/gas que apenas se utilizan y casi 17 GW son hidráulicos. Existen aproximadamente 41 GW de centrales nucleares, de carbón y de gas natural.

Potencia instalada a 31 de diciembre

	Sistema peninsular		Sistemas extrapeninsulares		Total nacional	
	MW	% 09/08	MW	% 09/08	MW	% 09/08
Hidráulica	16.657	0,0	1	0,0	16.658	0,0
Nuclear	7.716	0,0	-	-	7.716	0,0
Carbón	11.359	0,0	510	0,0	11.869	0,0
Fuel / gas ^{[1][2]}	3.927	-10,8	2.980	8,2	6.907	-3,5
Ciclo combinado	22.243	2,6	1.392	0,0	23.635	2,5
Total régimen ordinario	61.902	0,2	4.883	4,9	66.785	0,5
Eólica	18.119	16,6	144	0,0	18.263	16,4
Resto régimen especial	13.194	0,1	260	0,8	13.454	0,1
Total régimen especial	31.313	9,0	404	0,5	31.717	8,9
Total	93.215	3,0	5.288	4,5	98.502	3,0

[1] Incluye GICC (Elcogás). [2] En el sistema eléctrico Canario se incluye la potencia de los grupos auxiliares

Fuente: REE

Estos datos pueden llevar a pensar que actualmente existe un exceso de potencia instalada en el sistema español, pero esta conclusión sería precipitada.

La generación renovable, fundamentalmente la eólica y la fotovoltaica, aporta energía al sistema, pero no puede garantizar cuándo ésta se va a producir ni por cuánto tiempo. Se dice, por lo tanto, que no aportan «potencia firme» al sistema. Los datos de REE ponen de manifiesto que sólo el 2,5 % de la potencia eólica en España tiene una firmeza del 95 %, equivalente a la que aporta la generación térmica. Dicho de otro modo, la generación eólica española tiene un 90 % de probabilidad de funcionar entre un 2,5 % y un 50 % de su capacidad.

Esto se pone de manifiesto en que, al mismo tiempo que, mes tras mes, se rompen los récords diarios de producción eólica, también nos encontramos con muchos momentos en los que, en las horas de mayor consumo de electricidad, sólo están produciendo unos pocos cientos de MW de capacidad eólica, de los 18.000 MW que existen. Por otro lado, la generación hidráulica, aunque proporciona más potencia firme que la eólica, está lejos de valores como los que aportan las centrales de gas y carbón.

En la práctica, esto significa que el sistema eléctrico nacional necesita tener instalada prácticamente tanta potencia del régimen ordinario como la que sería necesaria para cubrir las puntas de demanda sin la aportación de ninguna potencia por parte de los productores renovables. Así pues, aunque en la situación actual de debilidad de la demanda pueda hablarse de un cierto exceso de capacidad, éste no parece ser estructural. De hecho, el propio Ministerio de Industria, en la notificación a la Comisión Europea del Real Decreto de restricciones técnicas por garantía de suministro, que tiene como objeto incrementar el uso del carbón nacional en la producción de electricidad (y que se discutirá más adelante en este capítulo), argumenta la necesidad de mantener disponible todo el actual parque térmico, incluidas las centrales de carbón nacional, por razones de seguridad de suministro.

En cualquier caso, esto conduce a que en las horas del año en que los productores del régimen especial están produciendo energía, la potencia disponible sea muy superior a la demanda y la oferta a precio nulo del régimen especial acabe deprimiendo los precios del mercado.

Podría pensarse que esta situación es coyuntural y no estructural, dado que han coincidido en el tiempo una insólita reducción de la demanda y unas fuertes precipitaciones que han disparado la producción hidráulica. Sin embargo, un análisis detallado a largo plazo permite prever que la producción renovable crecerá más rápidamente que lo que pueda crecer la demanda, por lo que esta situación de impacto en el precio del mercado seguirá produciéndose en el futuro, y cada vez con mayor intensidad. La elevada producción hidráulica del primer trimestre tan sólo ha puesto de manifiesto por adelantado los efectos que un exceso de oferta a cero pueden causar en el mercado.⁶

Esta caída del precio mayorista puede resultar positiva para los consumidores a corto plazo, pero pone de manifiesto un problema estructural a medio y largo plazo. El sistema eléctrico necesita el respaldo de la producción con centrales térmicas para las horas en las que los productores renovables no producen, y si éstas no perciben una retribución adecuada y se garantiza su supervivencia financiera, desaparecerán del sistema (o se impedirán futuras inversiones necesarias) poniendo en riesgo la seguridad del suministro, y disparando con ello los precios a futuro.

6. Posteriormente se ha visto cómo una reducción de la producción hidráulica ha permitido un repunte de los precios, que todavía permanecen considerablemente por debajo de otros mercados europeos (según datos de Platt's del 23 de septiembre de 2010, el precio de mercado diario —*day ahead*— para España era en esa fecha de 45,6 €/MWh, frente a 49,7 €/MWh en Alemania, 49,5 €/MWh en Francia o 50 €/MWh en Suiza).

En cualquier caso, no es objeto de este capítulo discutir posibles soluciones a esta situación, sino solamente poner de manifiesto que, al fin y al cabo, el mercado mayorista español se comporta de un modo rabiosamente competitivo. Un nivel de oferta elevado (aunque éste se deba a problemas estructurales o a decisiones políticas y regulatorias, y no al libre juego del mercado) lleva a sustanciales caídas de precio.

2.4. MERCADO RELEVANTE E INTERCONEXIONES INTERNACIONALES

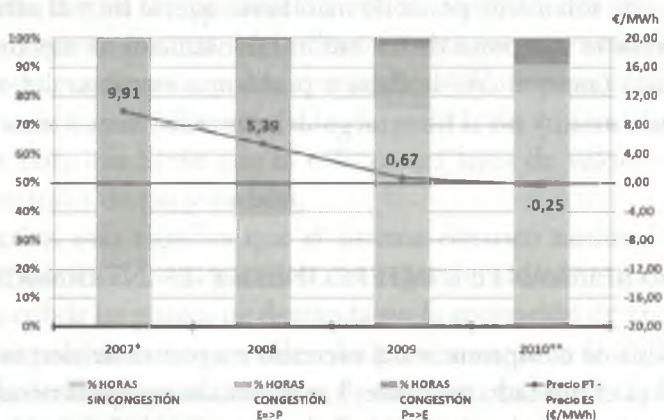
Cualquier análisis de competencia del mercado mayorista de electricidad requiere plantearse cuál es el mercado relevante. Las directivas europeas tienen como objetivo la creación de un mercado único de la electricidad para la Unión Europea, pero es obvio que éste no es, por el momento, una realidad. No obstante, se están desarrollando una serie de iniciativas regionales de integración que permiten, o permitirán en breve plazo, hablar de mercados regionales como el escandinavo, el formado por Alemania, Francia, Bélgica Holanda y Luxemburgo o el mercado ibérico. Estos procesos de integración se encuentran con obstáculos derivados de la capacidad de interconexión insuficiente, en algunos casos, o de la falta de armonización de los mecanismos regulatorios y de mercado, que puede llevar a que la capacidad de interconexión no se utilice de modo óptimo.

En el año 2006 se firmó el Convenio Internacional para el Desarrollo del Mercado Ibérico de la Energía Eléctrica (MIBEL) entre España y Portugal, que establecía los pasos a dar para constituir un mercado ibérico de la energía.

Así, se unificó la operación del mercado diario en los dos países, que se puso en manos del Operador del Mercado Ibérico — Polo Español, con sede en Madrid, que gestiona las interconexiones entre ambos países mediante el mecanismo del *market splitting*,⁷ incorporado dentro de la casación del mercado diario. Esto supone que las ofertas de los generadores y compradores de España y Portugal se tratan conjuntamente, como en un solo mercado. Si, y sólo si, esa casación conjunta da lugar a un despacho de generación en que se satura la capacidad de interconexión, entonces se produce la separación de mercados y aparecen dos precios diferentes. Si en esa situación, por ejemplo, el precio en Portugal fuera más elevado que en España, el sistema garantiza que el flujo de energía de España hacia Portugal sea el máximo técnicamente posible.

7. El *market splitting* es un mecanismo de mercado que permite gestionar el uso de una interconexión entre dos zonas de forma óptima. En tanto exista capacidad suficiente en la interconexión eléctrica entre ambas zonas, el precio del mercado será único. Sin embargo, cuando la interconexión se satura, se separan los precios siendo el precio de la zona importadora superior al de la zona exportadora. En el *market splitting* la asignación de la capacidad de interconexión se integra en la casación del mercado, a diferencia de lo que ocurre en el mecanismo de subastas explícitas, en el que primero se subasta la capacidad disponible en cada periodo, y posteriormente los agentes que han comprado capacidad pueden utilizarla para programar intercambios de energía u ofertas al mercado del país vecino.

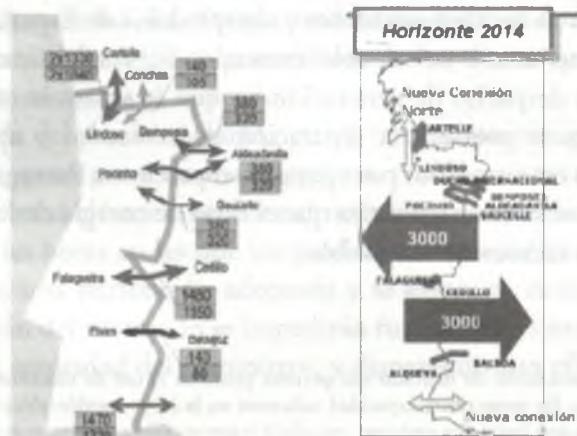
Acoplamiento de mercados vs Diferencia Precios Medios



Fuente: Red Eléctrica de España

Al comienzo de la andadura de MIBEL, los precios de España y Portugal diferían en más de un 75 % de las horas, lo cual ponía de manifiesto que durante la mayor parte del tiempo ambos mercados estaban separados. Sin embargo, un importante desarrollo de las interconexiones, unido a la existencia de nuevas centrales en Portugal, que hacen el mix de producción portugués más parecido al del sistema español, ha provocado que actualmente los precios difieran sólo durante un 15 % de las horas, garantizando que la mayor parte del tiempo se trata de un mercado único. En el futuro inmediato, con los refuerzos previstos de la interconexión hispano-lusa, la separación de los mercados previsiblemente sólo se producirá de forma esporádica.

Interconexión: capacidades actuales y situación prevista en 2014



[MVA] (invierno, en azul; verano en rosa) - Fuente: REE REN Interconexiones SG 2007

Fuente: Consejo de Reguladores del MIBEL

La situación es muy diferente en la interconexión con Francia. Por una parte, la capacidad de las líneas que unen España y Francia es, en términos relativos, muy inferior a la de la interconexión con Portugal. Son bien conocidas las dificultades que ha debido enfrentar el refuerzo de la capacidad existente, con proyectos de interconexión (la línea Aragón-Cazaril) abandonados hace ya años y otros (la interconexión por Girona) muy retrasados y obligados a adoptar soluciones técnicas muy costosas de incierto impacto en la operación.

Pero la falta de capacidad coexiste con un problema regulatorio y de gestión. Entre España y Francia no se ha podido poner en marcha todavía un mecanismo de *market coupling* (que sería equivalente al *market splitting* que existe entre España y Portugal), sino que la interconexión se administra mediante subastas explícitas (es decir, los agentes primero han de comprar capacidad de interconexión para cada periodo y, posteriormente, pueden utilizarla para ofertar a los dos mercados). Eso les obliga a valorar la capacidad de interconexión sin conocer cuáles son los precios a cada lado de la frontera.⁸ Esta separación entre la compra-venta de capacidad y la de energía lleva normalmente a una utilización no óptima de la interconexión. Los agentes pueden equivocarse en sus previsiones, y puede darse el caso de que la energía no fluya del país más barato hacia el más caro.

Pero la situación se agrava en el caso de la interconexión entre España y Francia por la existencia de una anacrónica limitación que impide a los denominados «operadores dominantes» españoles importar energía de Francia a España.

Fruto de esta situación, como han puesto de manifiesto los reguladores de España, Portugal y Francia en su *Regional reporting on electricity interconnections management and use in 2008*, publicado en enero de 2010, la interconexión entre España y Francia no se usa de manera óptima. La interconexión de Francia a España alcanza valores de sólo el 69 % de lo que indicaría la diferencia de precios entre ambos países, mientras que en el sentido España-Francia este valor es del 113 %. Y el uso de la interconexión está más concentrado en sentido Francia-España (donde el principal usuario llega a comprar el 32 % de la capacidad, mientras que sólo compra el 17 % en sentido contrario).

Existe también una interconexión con Marruecos, relativamente pequeña, que permite a la compañía eléctrica marroquí, ONE, actuar en el mercado español.

El análisis de la situación de las tres interconexiones permite asegurar que el sistema ibérico constituye, sin lugar a dudas, el mercado relevante para los análisis de competencia en el mercado mayorista.

8. Lógicamente, la capacidad de interconexión vale, en cada momento, la diferencia de precios entre los dos mercados interconectados.

2.5. INTEGRACIÓN VERTICAL. POSICIÓN LARGA O CORTA DE LAS EMPRESAS

Hasta este momento, todos los indicadores que se han mostrado para medir la concentración del mercado mayorista, o evaluar el poder de mercado de un agente, se basan únicamente en su posición en el mercado de generación.

Sin embargo, estos indicadores no tienen en cuenta la integración vertical de las empresas, dado que todas las empresas con cuotas significativas de generación son también importantes empresas comercializadoras de energía.

Conviene recordar que el abuso de poder de mercado de un agente se manifiesta por la capacidad que tiene ese agente de obtener un beneficio económico excesivo debido a su posible influencia en el proceso de fijación de precios en el mercado. Es decir, no basta con poder afectar a la formación del precio, sino que también es necesario obtener a la vez un beneficio económico excesivo, es decir, tener incentivos económicos para afectar al precio.

Por lo tanto, para analizar el posible poder de mercado de los agentes es necesario considerar el efecto que sus posiciones contractuales, derivadas de sus actividades de comercialización o de negociación mayorista, causan en sus incentivos económicos.

Se puede afirmar que si un agente generador tiene un contrato de suministro por una potencia determinada a un precio fijo, no se beneficiaría de un posible incremento del precio mayorista en la potencia contratada durante el periodo de duración del contrato, dado que los ingresos que recibe por esta producción están fijados de antemano.

El problema se complica aún más si consideramos que un generador puede estar en posición corta, por haber vendido más energía de la que espera producir. Esta situación es más frecuente de lo que pudiera parecer: desde la introducción de la tarifa de último recurso⁹ algunas de las mayores empresas eléctricas españolas están habitualmente en posición corta. Es la consecuencia lógica de que existan numerosos generadores (tanto ciclos combinados de productores independientes como buena parte de la producción renovable) que no desarrollan actividad de comercialización y están normalmente «largos». Una empresa de generación/comercialización en posición corta puede tener incentivos en el corto y medio plazo a bajar los precios mayoristas, no a subirlos, en caso de que esa posición corta no esté completamente cubierta.

Así pues, el incentivo que pueden tener los agentes a ejercer su posible poder de mercado no lo determina únicamente su cuota de generación, sino lo que puede llamarse cuota de «generación libre», que puede definirse como la cuota de generación menos la potencia contratada a largo plazo de ese agente.

9. Antes de la introducción de la tarifa de último recurso (TUR), las ventas a tarifa regulada no «creaban posición», pues se traspasaba al cliente, *a posteriori*, el precio del mercado mayorista. Con la TUR esto ya no es así, y depende de si el comercializador de último recurso puede cerrar completamente su posición. Esto no ha sido así hasta ahora, aunque está en trámite una propuesta de Real Decreto que trata de resolver este problema (aunque, de acuerdo con el texto del borrador que ha sido dado a conocer, no lo consigue).

Existen distintas opiniones respecto a lo que puede considerarse potencia contratada a largo plazo. Así, por ejemplo, los autores del *Libro Blanco de la Energía* se hacían eco de una opinión compartida por muchos estudiosos de los mercados energéticos, al considerar que un contrato de suministro por un periodo de un año no podía considerarse un contrato a largo plazo que desincentivase el ejercicio de poder de mercado.

Se ha comentado anteriormente que el efecto mitigador del poder de mercado de los contratos a plazo disminuye hasta perder su eficacia cuando los contratos son de corta duración, como por ejemplo un año.

Esta afirmación se basa en la hipótesis (ciertamente razonable) de que una empresa generadora que haya vendido toda su producción a un plazo determinado sigue teniendo interés en que suba el precio mayorista, no para capturar un beneficio económico inmediato, sino para conseguir que, cuando llegue el momento de renovar los contratos, éstos puedan ser renovados con precios más altos.

Esta afirmación es correcta desde un punto de vista teórico, aunque no tanto desde un punto de vista práctico. No tiene en cuenta que las empresas comercializadoras renuevan sus contratos de suministro con sus miles o millones de clientes a lo largo de todo el año, por lo que, siguiendo este razonamiento, la empresa generadora tendría que estar ejerciendo poder de mercado durante todo el año para obtener el beneficio económico por haber ejercido este poder de mercado. Y, en las condiciones competitivas del mercado español, esto requeriría un esfuerzo titánico y tendría un coste muy relevante para el generador.

Por esta razón, se hace necesario analizar la posición de las empresas en el mercado a la hora de realizar cualquier análisis de la situación competitiva.

	Generación			Comercialización			Posición Neta		
	2006	2007	2008	2006	2007	2008	2006	2007	2008
Endesa	28 %	27,8 %	26,2 %	42,63 %	43,02 %	41,3 %	-14,63 %	-15,22 %	-15,1 %
IBL	25,4 %	23,7 %	23,4 %	33,71 %	31,7 %	28,26 %	-8,31 %	-8 %	-4,86 %
Ufenosa	11,3 %	12,5 %	12,5 %	13,63 %	14,53 %	15,21 %	-2,33 %	-2,03 %	-2,71 %
HCantábrico	5,4 %	5,3 %	5,4 %	5,82 %	6,69 %	7,37 %	-0,42 %	-1,39 %	-1,97 %
Gas Natural	6,7 %	6,2 %	6,6 %	1,11 %	0,87 %	2,4 %	5,59 %	5,33 %	4,2 %
Eon	2 %	2 %	2,5 %	1,96 %	1,98 %	1,59 %	0,04 %	0,02 %	0,91 %
Otros	21,2 %	22,4 %	25,7 %	1,15 %	1,2 %	3,87 %	20,05 %	21,2 %	21,83 %

Fuente: Informe sobre la evolución de la competencia en los mercados de gas y electricidad, periodo 2006-2008. CNE.

El análisis de la posición neta de los distintos agentes cambia totalmente la perspectiva habitual respecto al incentivo que tienen los agentes para ejercer poder de mercado. Prácticamente todos los agentes importantes están en una «posición corta», que quiere decir que la energía que comercializan es superior a la que generan.

Esta situación ocasiona que cualquier incremento no esperado del precio mayorista pueda reportarles más pérdidas económicas que beneficios en tanto no procedan a la renovación de los contratos para poder trasladar ese incremento de precio a sus clientes.

2.6. CONCLUSIONES SOBRE EL MERCADO DIARIO

El índice HHI pone de manifiesto que, en la actualidad, el nivel de concentración del mercado mayorista de electricidad español puede considerarse adecuado, tras una reducción muy significativa en los últimos años, aunque muestra también que el sistema español venía de una situación de cierta concentración, como es el caso en casi todos los mercados eléctricos.

Por otro lado, los indicadores de pivotalidad nos muestran que ha habido algún agente que ha tenido posición pivotal durante un determinado número de horas en los últimos años, aunque estas situaciones prácticamente han desaparecido.

Parecidas conclusiones se obtienen del análisis de otros índices de concentración. Al mismo tiempo, los precios mayoristas españoles se han movido en el pasado en línea con los de otros mercados europeos, para pasar a situarse significativamente por debajo.

También se observa (y éste es un fenómeno no suficientemente conocido) que buena parte de los productores son, más bien, compradores, y tienen posiciones estructuralmente cortas.

Por todo ello, no deja de ser lógico que las autoridades de defensa de la competencia no hayan abierto, desde el comienzo de la liberalización en 1998, ningún expediente sancionador por posibles actuaciones irregulares de los agentes en el mercado diario. Ni mucho menos han impuesto sanciones por comportamientos de este tipo. Y todo ello a pesar de la amplia panoplia de poderes de investigación y sanción de los que les dotan las legislaciones sectorial y de competencia. Este hecho puede parecer sorprendente para algunos, a la vista de que, con cierta frecuencia se deslizan, con cierta «alegría», opiniones y comentarios sobre una supuesta falta de competencia en el mercado eléctrico español.

Esta realidad objetiva pone de manifiesto que el mercado eléctrico español es, y ha sido, muy competitivo, y que ningún agente, en todos los años desde que se produjo la liberalización, es sospechoso de haber realizado ninguna actuación que haya podido poner en cuestión la credibilidad en el proceso de formación de precios de la energía en el mercado diario.

Como señalaba el *Libro Blanco de la Energía*, publicado en el año 2005:

Es importante advertir que una cosa es la existencia de poder de mercado —esto es, [...], que haya capacidad por parte de algunos agentes de manipular los precios— y otra muy distinta el que exista abuso de este poder de mercado por parte de alguno de los agentes.¹⁰

3. LAS RESTRICCIONES TÉCNICAS

El Real Decreto 2019/1997, por el que se organiza y regula el Mercado de Producción de Energía Eléctrica, define qué son las restricciones técnicas:

... se entenderá como restricción técnica cualquier circunstancia o incidencia derivada de la situación de la red de transporte o del sistema que, por afectar a las condiciones de seguridad, calidad y fiabilidad del suministro establecidas reglamentariamente y a través de los correspondientes procedimientos de operación, requiera, a criterio técnico del operador del sistema, la modificación de los programas.

Las restricciones técnicas son factores, ajenos al mercado de producción, que obligan a modificar el despacho de generación resultante de éste, es decir, a alterar los compromisos de producción adquiridos libremente por los generadores al vender su producción en el mercado organizado o de forma bilateral. Las restricciones técnicas se derivan normalmente de la situación de la red de transporte, principalmente de la falta de capacidad de evacuación de energía de una zona geográfica productora, o de transporte de energía hacia una zona consumidora.¹¹

Uno de los problemas del sistema eléctrico español y, en general, de los sistemas eléctricos de casi todos los países desarrollados, son los largos plazos de tiempo necesarios para construir cualquier instalación de transporte. Debido a esto y al acelerado crecimiento de la demanda y del parque generador, especialmente el renovable (al ser menos concentrado y estar limitado a los emplazamientos con recursos renovables), con el paso del tiempo las restricciones técnicas han ido aumentando.

El procedimiento de resolución de restricciones técnicas se aplica al programa de producción resultado de la casación del mercado diario y de los contratos bila-

10. *Libro Blanco sobre la reforma del marco regulatorio de la generación eléctrica en España*. 2005. José Ignacio Pérez Arriaga

11. También puede haber restricciones técnicas debidas a incidencias del parque generador: por ejemplo, en horas de mucha producción eólica, el operador del sistema puede obligar a que determinadas centrales térmicas funcionen a media carga para estar disponibles para subir su producción en caso de descenso de la producción eólica. No obstante, consideramos que éste es un uso impropio del concepto de restricciones técnicas, debido a insuficiencias del diseño de los mercados de servicios complementarios (de hecho, el operador del sistema ya ha presentado propuestas normativas para dotarse de otros instrumentos más adecuados para tratar este problema) por lo que no lo discutiremos aquí.

terales, lo que se denomina Programa Diario Base de Funcionamiento (PDBF). Este programa detalla los compromisos de producción que aceptan los generadores tras vender su energía. El resultado del procedimiento de restricciones técnicas es que los operadores del sistema español y portugués modifican por separado este programa, en sus respectivas jurisdicciones, obligando a ciertas centrales de producción a incrementar o reducir su producción esperada, para ajustar el despacho a la situación de la red. Para ello el operador del sistema¹² utiliza ofertas económicas presentadas por los generadores, similares a las del mercado diario.

Parte del mecanismo de resolución de restricciones se articula en torno a subastas de características similares a las gestionadas por OMEL, pero con una participación más reducida y en las que la única contraparte de los generadores es el operador del sistema. Desde el punto de vista de competencia, el problema radica en que, mientras que en el mercado diario compiten decenas de instalaciones de generación que pertenecen a numerosas empresas, en muchos casos una determinada restricción técnica sólo puede ser resuelta por un número reducido de centrales, a veces pertenecientes a sólo una empresa.¹³

Desde la liberalización del sistema eléctrico español ha habido dos procedimientos para solucionar las restricciones técnicas. El primero estuvo vigente desde 1998 hasta 2004, cuando fue sustituido por un nuevo procedimiento que se estableció en el Real Decreto 2352/2004.

Esta modificación corrigió serios problemas del mecanismo inicial, puestos de manifiesto reiteradamente por los distintos agentes del sector eléctrico y que dieron origen a diversas actuaciones por parte de las autoridades de la competencia, razón por la que conviene revisarlo.

3.1. EL MECANISMO INICIAL

En el mecanismo utilizado hasta 2004, el operador del sistema decidía qué centrales debían incrementar su producción y cuáles debían reducirla para respetar los límites impuestos por la red.

Una vez que las modificaciones que había hecho el operador del sistema permitían salvaguardar la seguridad del sistema, entonces procedía a restablecer el equilibrio de la producción con la demanda modificando el programa de otras unidades de generación (incrementándolo o reduciéndolo).

Si una unidad de generación veía reducido su programa de producción, no percibía ninguna compensación por esta reducción. Si, por el contrario, se incre-

12. En lo sucesivo nos referiremos únicamente al operador del sistema español.

13. Este problema ocurre en las restricciones causadas por la red de transporte, que suelen denominarse restricciones locales. Las restricciones derivadas del parque generador (por ejemplo, de las necesidades impuestas por la eólica) suelen denominarse restricciones globales, porque en su resolución pueden participar, en principio, todas las centrales, por lo que no plantean problemas de competencia.

mentaba su programa de producción, entonces la energía producida se valoraba al precio recogido en la oferta al mercado diario que había realizado la citada unidad.

Este último hecho, el que se valorase la energía programada en el proceso de restricciones al precio recogido en la oferta realizada al mercado diario, fue el origen de numerosos problemas.

La teoría macroeconómica más elemental nos dice que, cuando una unidad de producción realiza una oferta al mercado diario en condiciones de competencia, internalizará en ella sus costes variables (coste de combustible, costes de operación y mantenimiento variables, coste de los derechos de emisión), con el objetivo de conseguir un programa de producción continuo.

Dado que la casación de una central en el mercado diario es incierta, y depende de múltiples factores ajenos a ella (demanda, oferta de los demás agentes, etc.), siempre existen centrales cuya entrada en la casación del mercado diario es incierta, pero que muy probablemente serán requeridas por el operador del sistema para solucionar restricciones técnicas.

Cuando el operador del sistema despacha energía para resolver restricciones técnicas, lo hace siguiendo el criterio de mínima alteración del mercado. Esto significa que acopla centrales durante muy pocas horas al día, e incluso frecuentemente en dos periodos separados, por la mañana y por la tarde. Obviamente, el coste de producción con un programa semejante, que implica dos arranques diarios, es radicalmente diferente del programa continuo buscado en el mercado diario.

Esto obligaba a la centrales a tener que internalizar en sus ofertas al mercado diario todos los costes en que podrían incurrir si no resultaban casadas en el mercado diario pero eran despachadas por restricciones (costes de combustible, de operación y mantenimiento, de arranque, de cuadrar su programa en otros mercados, etc.) obviamente mucho más elevados que sus costes variables en un funcionamiento continuo.

Es más, existen centrales (fundamentalmente las centrales de fuel), con unos costes variables que hacen prácticamente imposible que sean casadas en el mercado diario y, sin embargo, pueden ser programadas para solucionar restricciones técnicas durante un número muy reducido de horas al año. Esto las obliga a tener que recuperar también sus costes fijos durante las escasas horas que funcionan para solucionar restricciones, por lo que tienen que internalizar en sus ofertas al mercado diario también los costes fijos que necesitan recuperar anualmente. De no hacer esto se verían obligadas a cerrar, pudiendo llegar a poner en peligro la seguridad de suministro.

Dado que, en el mecanismo inicial, las ofertas que utilizaba el operador del sistema para solucionar las restricciones eran las mismas que se presentaban al mercado diario, estas centrales se veían obligadas a presentar estas ofertas más caras al mercado diario. Y este comportamiento ha sido interpretado, en diversos expedientes abiertos por la CNE o por las autoridades de competencia, como un intento deliberado de excluirse del mercado diario y un abuso de posición de dominio en la solución de las restricciones técnicas.

3.2. EL MECANISMO ACTUAL

Dados los problemas que causaba el mecanismo inicial, el Real Decreto 2352/2004 lo modificó. Con el nuevo mecanismo, la selección de las centrales que iban a participar en la resolución de restricciones no se realizaba con las ofertas del mercado diario, sino con ofertas específicas presentadas a este mecanismo. De este modo se elimina la interferencia que el anterior mecanismo causaba en el mercado diario.

Sin embargo, las centrales siguen internalizando en sus ofertas al procedimiento de restricciones sus costes totales, tanto los costes variables como los fijos no recuperados por mercado y, de nuevo, los organismos reguladores siguen considerando que la internalización de otros costes distintos a los variables no está justificada, y han seguido abriendo expedientes sancionadores por este hecho.

3.3. ACTUACIONES DE LA CNE Y LA CNC

El mecanismo de resolución de restricciones técnicas ha sido objeto de diversas actuaciones de la CNE y de expedientes informativos y sancionadores de las autoridades de competencia. De hecho, todas las actuaciones de estos organismos sobre el mercado mayorista se han centrado en este mecanismo.

Varios de estos expedientes han desembocado en sanciones que han sido recurridas por las empresas. En los expedientes más antiguos la Audiencia Nacional ha dictado sentencia anulando las sanciones, anulaciones posteriormente confirmadas por el Tribunal Supremo.

Los argumentos de las autoridades de competencia en estos casos giran alrededor de la autoexclusión de ciertos generadores del mercado diario, a sabiendas de que serían seleccionados para solucionar restricciones, y el abuso de su posición de dominio en este mercado, de carácter local, para obtener precios más elevados. Tanto la CNC como la CNE han mantenido el criterio de que no está justificado que una central trate de recuperar todos sus costes en el mercado, y ha de limitarse a basar sus ofertas en los costes variables.

Los argumentos de defensa de los generadores han estado basados, normalmente, en demostrar que las ofertas no pretendían más que recuperar los costes, fijos y variables, de las centrales.

En este contexto, resulta muy relevante la sentencia del Tribunal Supremo de febrero de 2010 ante el recurso que la Abogacía del Estado había presentado por la anulación de una multa a Unión Fenosa, por parte de la Audiencia Nacional, en relación con actuaciones en el mecanismo de restricciones en noviembre de 2001.

En esta sentencia el Tribunal Supremo ha ahondado en argumentos de fondo que van directamente en contra del criterio mantenido por la CNE y la CNC sobre la recuperación de costes fijos.

Así, el Tribunal Supremo llega a las siguientes conclusiones:

No se ha impugnado el hecho de que los costes incurridos para atender al mercado diario pueden ser diferentes —esto es superiores— a los derivados de acudir, obligatoriamente, al mecanismo de resolución de restricciones técnicas. *Se trata de regímenes de funcionamiento operativo distintos, por ejemplo, en lo que se refiere a las paradas e interrupciones, con una estructura de costes diferente. Existen determinados sobrecostes asociados al funcionamiento de las centrales llamadas para resolver restricciones técnicas.*

La decisión legislativa de liberalizar el mercado de generación de electricidad implica que son las empresas quienes, al formular sus ofertas, asumen el riesgo de quedar excluidas de la casación si sus precios son mayores que los de otras. *Salvo que se demuestre la colusión entre las distintas empresas, el mero hecho de que alguna proponga unos precios elevados no implica por sí mismo una conducta restrictiva de la competencia pues precisamente es el mercado quien dará la respuesta debida a aquellos.*

En un escenario previsible de restricciones técnicas, el factor de referencia serían los costes típicos consiguientes a este mecanismo, que pueden diferir de los incurridos en un régimen «normal» de funcionamiento sin restricciones.

La conducta imputada presenta un marcado carácter esporádico o circunstancial, muy limitado en el tiempo. *Si realmente existiera una situación de monopolio geográfico que fácilmente propiciara las conductas abusivas de posición dominante por parte de las empresas generadoras titulares de centrales en sus respectivas zonas, lo esperable hubiera sido que el abuso hubiera tenido un carácter más sistemático, visto que las deficiencias de la red de transporte y el desequilibrio zonal entre producción y demanda abocan con frecuencia al empleo del mecanismo en restricciones técnicas.*

Con respecto a si se deben internalizar sólo los costes variables, o por el contrario todos los costes incurridos, fijos o variables, la misma sentencia añade lo siguiente:

En primer lugar, no compartimos la premisa de la que la resolución impugnada parte cuando liga necesariamente precios a costes variables, premisa que no se corresponde con el “sistema” del mercado liberalizado. Aun si lo admitiésemos así, el parámetro de referencia para la estimación de los costes (sobre los que la Comisión Nacional de Energía no tenía elementos suficientes de juicio) no podían ser los precios históricos de casación en el mercado diario, sino los correspondientes precisamente a las centrales llamadas a resolver restricciones técnicas.[...]

En tercer lugar, la estimación de que las empresas ofertaron por sus centrales unos precios desmesurados, como estrategia de autoexclusión intencionada del mercado diario para quedar reservadas a la fase de restricciones, requeriría, *además del análisis objetivo de costes totales que no arroja resultados concluyentes*, la práctica seguridad de que iban a ser despachadas en esta segunda fase del proceso.

No obstante, en informes emitidos por la CNE con posterioridad a esta sentencia en el marco de diversos expedientes, e incluso en una propuesta regulatoria específica sobre esta materia presentada en abril de 2010, la CNE se reafirma en su criterio de que las ofertas no pueden tener como objetivo recuperar todos los costes, argumentando que la sentencia del Tribunal Supremo se refiere al mecanismo inicial de resolución de restricciones.

3.4. COSTE DE LAS RESTRICCIONES E IMPACTO EN EL PRECIO FINAL DE LA ELECTRICIDAD

Los informes del operador del mercado ponen de manifiesto un gran incremento en la energía gestionada en el procedimiento de restricciones, aunque este incremento no se ha visto reflejado en el coste económico del procedimiento, que ha aumentado en mucho menor grado.

	Energía (GWh)	Coste económico (M€)
2005	3.093	322,64
2006	12.875	356,31
2007	6.615	296,83
2008	6.848	393,19
2009	9.512	398,41

(*)Fuente: Informes del mes de diciembre de OMEL

El año 2006 presenta unos resultados anormales, consecuencia de los cambios regulatorios introducidos por el Real Decreto Ley 3/2006 (que imponía un precio mayorista regulado, al margen del mercado, a las transacciones entre un generador y la distribuidora de su mismo grupo) y las actuaciones de una empresa generadora para tratar de minimizar el impacto de esta normativa.

El coste del procedimiento de solución de restricciones se repercute sobre la demanda de modo uniforme.

En los mismos informes de OMEL, se puede observar el reducido peso que representa la solución de restricciones en el precio mayorista de la energía.

	Restricciones técnicas (€/MWh)	Precio final energía (€/MWh)
2005	0,55	62,42
2006	1,9	65
2007	1,65	67,04
2008	1,47	62,51
2009	2,41	38,58

(*)Fuente: Informes del mes de diciembre de OMEL

4. LOS MERCADOS DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS

La definición de los servicios complementarios aparece recogida en el artículo 13 del Real Decreto 2019/1997, por el que se organiza y regula el mercado de Producción de Energía Eléctrica.

Se entiende por servicios complementarios aquéllos que resultan necesarios para asegurar el suministro de energía eléctrica en las condiciones de calidad, fiabilidad y seguridad necesarias.

Estos servicios complementarios están englobados dentro de un concepto más amplio llamado servicios de ajuste, según aparece recogido en el artículo 2, que establece:

El mercado de producción de energía eléctrica se estructura en mercados a plazo, mercado diario, mercado intradiario, mercados no organizados y mercados de servicios de ajuste del sistema, entendiéndose por tales la resolución de restricciones por garantía de suministro y por restricciones técnicas del sistema, los servicios complementarios y la gestión de desvíos.

Por último, en el artículo 30 se establece la persona jurídica que se va a encargar de la gestión de los mismos:

Corresponde al operador del sistema la realización de todas aquellas funciones que se derivan del funcionamiento de los servicios de ajuste del sistema, de las desviaciones producidas en el mercado de producción de energía eléctrica...

Estos servicios complementarios son prestados por las distintas instalaciones de producción habilitadas para ello. Existen servicios complementarios obligatorios, que todas las centrales están obligadas a suministrar y otros potestativos, que las centrales pueden decidir libremente ofrecer en el mercado correspondiente. En este capítulo nos centraremos exclusivamente en los servicios de reserva, que son

necesarios para mantener el equilibrio entre oferta y demanda y algunos de los cuales se aprovisionan mediante mecanismos de mercado.¹⁴

Los servicios complementarios obligatorios de los que nos ocuparemos son la reserva de regulación primaria y la reserva de regulación terciaria. El principal servicio complementario potestativo es la regulación secundaria. Todos ellos corrigen desequilibrios entre la generación y la demanda, denominados desvíos (pues ocurren cuando el consumo o la generación se desvían de sus programas previamente fijados). Cuando la demanda es superior a la generación (lo que puede ocurrir porque aumenta el consumo, porque una central de generación o una línea han sufrido una avería o porque baja la velocidad del viento en una zona con producción eólica), se necesitan centrales que incrementen su producción para reestablecer el equilibrio. Es la denominada reserva a subir. Si, por el contrario, la demanda es inferior a la generación, se necesita reserva a bajar, centrales que bajen su producción para equilibrar a la demanda.

Los desequilibrios entre generación y demanda pueden ser graduales (por ejemplo, cuando la demanda va aumentando poco a poco) o bruscos (por ejemplo, cuando se produce una avería de una central). Por ello existen tres tipos de reserva, que se diferencian fundamentalmente en la rapidez de su respuesta.

Las reservas se utilizan para corregir desvíos. Parte de su coste se asigna a aquellos generadores, consumidores o comercializadores que se han desviado (que han inyectado o tomado de la red más o menos energía que la programada), y otra parte se reparte entre toda la demanda. En cualquier caso, el operador del sistema actúa como único comprador en estos mercados, aprovisionándose de reserva en nombre de todo el sistema.

4.1. LA RESERVA PRIMARIA

La reserva de regulación primaria es la actuación que deben realizar todos los grupos generadores ante desequilibrios instantáneos entre la generación y la demanda. El servicio es gestionado de forma automática por cada central, mediante un sistema de control sensible a la frecuencia de la red, de tal forma que si la frecuencia cae,¹⁵ todas las centrales reaccionan al unísono incrementando la carga automáticamente, y a la inversa.

La regulación primaria es el servicio que compensa inicialmente, en segundos, todos los desequilibrios entre la demanda y la generación, hasta que actúa la regulación secundaria, momento en que todos los grupos que han aportado primaria

14. Existen otros servicios, como el arranque en frío o el control de reactiva, que, aunque son muy importantes desde el punto de vista técnico, no son remunerados o no resultan relevantes desde el punto de vista económico (ni de competencia).

15. Cuando la demanda es superior a la generación, todas las centrales que suministran energía tienden a frenarse, y la frecuencia, si no se actúa, tiende a caer.

vuelven a su situación inicial. Este servicio es obligatorio para todos los generadores y no retribuido.

4.2. LA RESERVA SECUNDARIA

La reserva de regulación secundaria es un servicio complementario potestativo que tiene como objetivo mantener el equilibrio entre generación y demanda con un rango de actuación posterior a la reserva primaria.

El sistema es gestionado por un sistema automático, denominado AGC (*Automatic Generation Control*) del operador del sistema. Éste vigila constantemente la frecuencia y el uso de la interconexión con Francia. Cuando detecta que estas variables se desvían de sus valores fijados, ordena actuar a las centrales que están suministrando reserva secundaria, que incrementan o reducen carga.

Para esto se necesita que un cierto número de centrales estén funcionando a menos de plena carga, para tener capacidad de subir o bajar carga según se precise, y que estén sujetas al control del AGC. La máxima variación de carga que puede proporcionar el conjunto de centrales que están proporcionando reserva en cada momento se denomina «banda de secundaria». El operador del sistema determina diariamente la banda de secundaria que se necesita en cada periodo del día siguiente.

Los generadores que proporcionan reserva secundaria deben ser capaces de responder a los requerimientos del servicio (incrementar o reducir su programa) antes de que hayan transcurrido 30 segundos del requerimiento, y de mantener la potencia solicitada durante un periodo de 15 minutos.

Los agentes que quieren participar en la prestación de este servicio ofertan su potencia a un mercado gestionado por el operador del sistema, que asigna la potencia a cada uno de los agentes en función del resultado de una subasta, percibiendo el precio marginal resultante de la misma. Este precio es por potencia disponible, independientemente de su uso: los generadores cobran por estar disponibles, a las órdenes del sistema de control AGC, dado que ese régimen de funcionamiento les supone unos costes (entre otros, el coste de oportunidad de no estar funcionando a plena carga).

Si posteriormente el sistema hiciese uso de la potencia adjudicada, tanto para incrementar la producción de la central como para reducirla, los agentes, además, tendrán derecho a percibir un pago adicional por la energía producida o reducida. El precio de esta energía se determina a partir de la oferta de la reserva de regulación terciaria, como se verá a continuación.

4.3. LA RESERVA TERCIARIA

La reserva de regulación terciaria tiene el mismo objetivo que la primaria y la secundaria, restablecer el equilibrio entre generación y demanda. La diferencia

es que su actuación es más lenta: la potencia que se oferte para este servicio deberá responder ante un requerimiento del operador del sistema en un plazo máximo de 15 minutos, y deberá ser capaz de mantener la respuesta durante al menos 2 horas. No se trata de un servicio controlado automáticamente, como los dos anteriores, sino que obedece a órdenes de los operadores del centro de control de REE.

Todos los agentes están obligados a enviar al operador del sistema ofertas por la potencia que tengan disponible para el servicio. Estas ofertas se pueden ir actualizando durante cualquier momento en el transcurso del día, de tal forma que el operador del sistema pueda utilizarlas cuando determine que es necesaria la prestación del servicio.

El operador del sistema, en el momento en que lo considera oportuno, determina la energía que será despachada por reserva de terciaria, y la asigna a los agentes en función de las ofertas que disponibles en ese momento. La reserva terciaria también es un mercado marginal, en el que todos los agentes a los que se les programe el servicio percibirán el precio de la última oferta necesaria para cubrir la demanda del operador del sistema.

El precio a pagar por la energía secundaria, mencionada en el apartado anterior, se determina a partir de las ofertas de terciaria no casadas presentadas al OS en el momento en que se utilice la energía secundaria. Así, la energía secundaria percibirá el precio de la energía de terciaria disponible en ese momento.

En general, la energía secundaria y terciaria perciben un precio más elevado que el precio del mercado diario. Es lógico que sea así, pues se trata de un producto de mayor «calidad»: no todos los generadores son capaces de seguir el régimen de funcionamiento flexible que se necesita para proporcionar reserva.

El operador del sistema dispone, asimismo, de otros mecanismos de ajuste, como son la gestión de desvíos, los redespachos en tiempo real, etc., que no se van a desarrollar en este escrito, y que, junto con los descritos, le permiten garantizar el suministro con la calidad establecida.

4.4. EVOLUCIÓN E IMPACTO EN EL COSTE DE LA ELECTRICIDAD

La potencia necesaria para la banda de secundaria, así como la energía programada en los distintos servicios complementarios, se han mantenido prácticamente constantes a lo largo de los años.

Esto puede observarse en los datos recogidos en los informes que realiza el operador del mercado (OMEL).

	Banda secundaria (MW)	Energía secundaria (GWh)	Energía terciaria y emergencias (GWh)
2005	1.217	1.985	5.064
2006	1.242	2.175	6.587
2007	1.240	2.137	4.996
2008	1.243	2.249	5.673
2009	1.244	2.477	6.985

(*)Fuente: Informes del mes de diciembre de OMEL

También puede comprobarse que el impacto del coste de estos servicios se ha mantenido prácticamente constante, teniendo como fuente los mismos informes de OMEL.

	Precio final energía (€/MWh)	Banda secundaria (€/MWh)	Operación técnica (€/MWh)
2005	62,42	1,36	0,47
2006	65,00	1,3	3,83
2007	46,12	0,67	0,21
2008	66,51	0,8	0,08
2009	41,88	0,55	0,19

(*)Fuente: Informes del mes de diciembre de OMEL (promedios mensuales del año)

4.5. CONCLUSIONES SOBRE LOS MERCADOS DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS

A diferencia del mecanismo de solución de restricciones técnicas, no ha habido ninguna actuación de la CNE o de los organismos de defensa de la competencia en ninguno de los mercados de servicios complementarios.

Esto resulta lógico, si se tiene en cuenta que son mercados de características y estructura muy semejantes al mercado diario: la mayoría de las centrales eléctricas (y de las empresas generadoras) pueden suministrar reserva, por lo que el grado de competencia es similar al del mercado diario.

De hecho, antes de la liberalización, cuando la reserva no era remunerada explícitamente, la reserva secundaria era suministrada casi en su totalidad por las centrales hidroeléctricas. Al establecerse el mercado de reserva secundaria, y percibir los generadores que ofrecía una nueva oportunidad de negocio, las centrales térmicas empezaron a llevar a cabo las inversiones necesarias para conectarse al

AGC y suministrar secundaria. Incluso centrales de carbón que tradicionalmente habían sido consideradas incapaces de regular comenzaron a hacerlo. Fue particularmente notorio el incremento de cuota de mercado de Endesa en la reserva secundaria; en poco tiempo, el grado de competencia en este mercado se hizo similar al del mercado diario.

5. LOS MERCADOS A PLAZO

En los mercados diario, intradiario y de servicios complementarios se negocia energía para su entrega al día siguiente (en el caso de los intradiarios y la reserva terciaria, incluso para su entrega en el mismo día). En los mercados a plazo se negocia energía para su entrega en un horizonte temporal más alejado, que puede ir desde la semana siguiente hasta uno o dos años después.

En los mercados a plazo (o mercados *forward*) pueden negociarse productos con entrega física o liquidación financiera (o por diferencias).

- La entrega física consiste en el suministro de la electricidad en la red de transporte.
- La liquidación financiera consiste en un simple intercambio de flujos monetarios. Una de las partes (el comprador) paga al vendedor un precio fijo, y la otra (el vendedor) paga al comprador el precio del mercado diario. De este modo, la parte compradora, a cambio de un precio fijo, recibe los ingresos necesarios para comprar la energía deseada en el mercado diario, sin estar expuesta a la incertidumbre sobre el precio de éste. En este caso se habla de derivados con subyacente eléctrico (frecuentemente se identifica con el término inglés *swap*). Así pues, a partir de un producto con liquidación financiera, el comprador puede (si lo desea) «reconstruir» la entrega de electricidad en la red de transporte, comprándola en el mercado diario.

El uso de la liquidación financiera requiere la existencia de un mercado *spot* muy líquido, donde exista la garantía de que siempre se va a poder comprar la energía deseada. Por eso se utiliza en Escandinavia y en España, por ejemplo. La entrega física se usa históricamente en países donde el mercado diario es poco líquido o ha alcanzado una liquidez suficiente relativamente tarde, como es el caso de Alemania o Francia. En general, los dos mecanismos de contratación son equivalentes desde el punto de vista práctico, aunque pueden tener impactos distintos desde puntos de vista contables, fiscales o legales (que no vamos a discutir en este capítulo).

En estos mercados se negocian distintos tipos de productos:

- El producto más frecuente y sencillo es la carga base: entrega de energía «en base» (con perfil plano) durante un periodo dado (por ejemplo, una sema-

na, un mes, un trimestre o un año). También puede construirse un producto base con liquidación financiera, a partir del precio del mercado diario durante las 24 horas del día.

- También se negocia la carga punta o pico, consistente en la entrega de energía durante el periodo de máximo consumo (que puede variar de un país a otro, una definición habitual es entre 8:00 y 20:00). También puede liquidarse por diferencias (utilizando los precios horarios de ese periodo).
- Hay otros productos más «a medida», tales como las horas valle (las que no son horas de carga punta), los fines de semana, etc.
- Como en otros mercados de materias primas y financieros, pueden negociarse opciones (que dan derecho al comprador o al vendedor a tomar o entregar la energía a un precio determinado, si lo desea).
- Y otras combinaciones más complejas, similares a las que se encuentran en los mercados financieros.

Los mercados a plazo pueden ser tanto organizados como no organizados (mercados bilaterales u *over the counter*, OTC).

En el mercado OTC los agentes deciden libremente sobre los productos a intercambiar, las condiciones contractuales y los procedimientos para gestionar el riesgo, especialmente de crédito (tales como garantías, avales, etc.).

Los *brokers* actúan como intermediarios en el mercado OTC, poniendo en contacto a compradores y vendedores, pero sin llegar a tomar la propiedad de la electricidad que intermedian, ni asumir riesgo de crédito. Son, básicamente, plataformas de centralización de información.

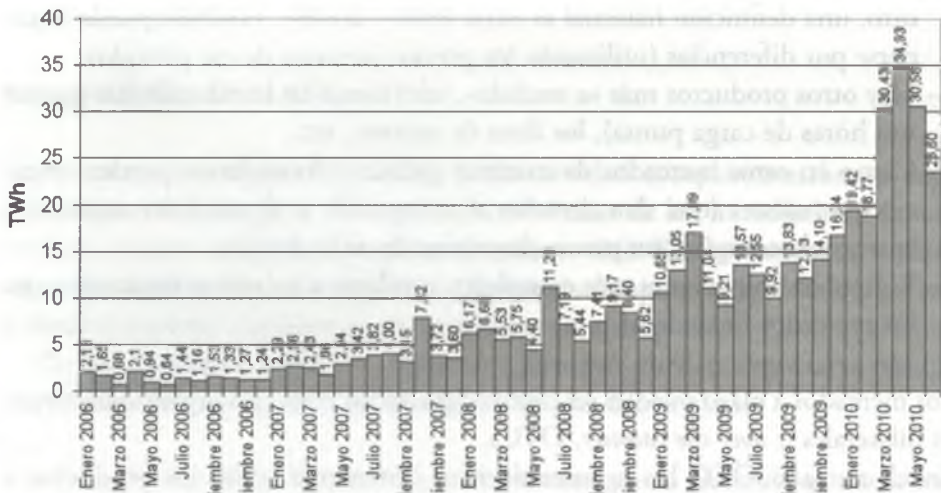
Como alternativa (y complemento) al mercado OTC existen los mercados organizados, normalmente denominados mercados de futuros. En ellos existe una entidad (denominada *power exchange* en inglés) que, mediante una cámara de compensación, actúa como contrapartida central, asumiendo el riesgo de crédito. En cierto modo los vendedores no compran a un vendedor concreto, sino a la cámara. En general, los *power exchanges* suelen ofrecer tanto mercados de futuros como mercados diarios o *spot*. Los más importantes en Europa son EPEX (que actúa en Alemania y Francia), Nordpool (que actúa en los países escandinavos) y APX (que actúa en Holanda y el Reino Unido).

Mientras que los mercados diarios o *spot* suelen estar basados en subastas diarias (de este modo se concentra toda la demanda en un instante determinado, lo que facilita notablemente la planificación de la operación de las centrales y redes), los mercados de futuros suelen funcionar mediante la negociación continua (aunque también pueden utilizar subastas). Los participantes pueden presentar en cualquier momento ofertas de compra o venta, que se van cruzando a medida que es posible.

Los mercados OTC permiten negociar productos diseñados a medida de los compradores y vendedores, mientras que los mercados organizados sólo tratan productos estandarizados.

No obstante, la frontera entre unos y otros tiende a difuminarse, pues existen cámaras de compensación que también tratan productos negociados OTC.

Evolución volumen mensual de negociación OTC



En España (y Portugal), el mercado a plazo es, desde julio de 2006, responsabilidad de OMIE, Operador del Mercado Ibérico de Energía, Polo Portugués, también conocido como OMIP, cuya cámara de compensación se denomina OMIClear. Parte del volumen de negociación del OTC también utiliza los servicios de OMIClear. MEF (Mercado Español de Futuros Financieros)¹⁶ también pondrá en marcha próximamente una cámara de compensación para derivados sobre energía.

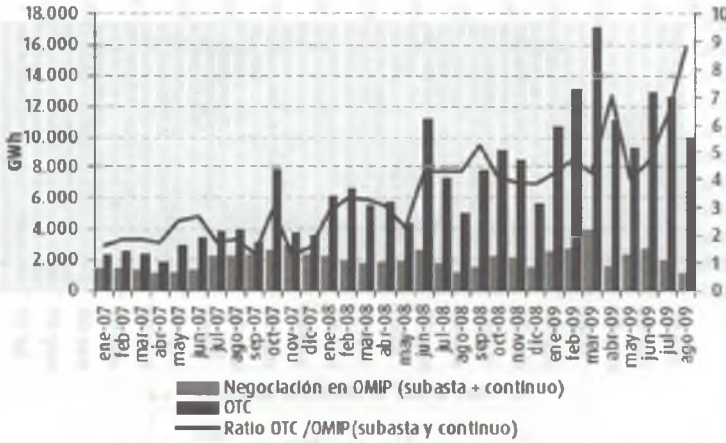
El volumen OTC negociado en los últimos años se ha disparado. En 2008 alcanzó los 154 TWh, y en el primer semestre de 2010 se llevan negociados 158 TWh (a mediados de agosto se habían alcanzado los 184 TWh),¹⁷ lo que implica que en 2010 muy probablemente se negociará en el mercado OTC un volumen de energía superior a la demanda total nacional (251 TWh en 2009). Es habitual que los mercados a plazo negocien volúmenes muy superiores a la demanda física del producto.

16. MEF es un mercado secundario oficial regulado por las leyes españolas e integrado en Bolsas y Mercados Españoles (BME), el operador de los Mercados de Valores españoles. MEF ofrece servicios para la negociación y actúa como cámara de contrapartida central de futuros y opciones sobre el IBEX-35, sobre acciones y sobre el Bono Nacional Español. Así mismo, MEF ofrece servicios de cámara de contrapartida central para repos sobre deuda soberana española. A finales de 2010 está previsto el lanzamiento de un nuevo grupo en la cámara de contrapartida para derivados sobre energía.

17. Esto equivale a la producción de 21.000 MW en base, prácticamente todos los ciclos combinados existentes en la España peninsular funcionando de modo continuado durante todo el año.

5.1. VOLÚMENES, PRODUCTOS Y PRECIOS

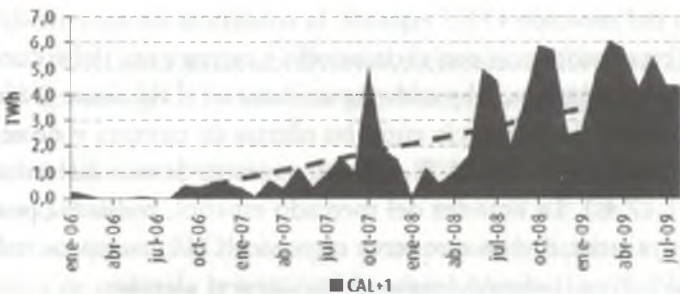
La evolución del volumen de negociación mensual en el mercado OTC y en OMIP (subastas y continuo), así como el ratio entre el volumen mensual negociado en el mercado OTC y el mercado de OMIP se representa en el siguiente gráfico en el periodo enero 2007 – agosto 2009.



Fuente: «Análisis del mercado OTC eléctrico español», 24 de septiembre de 2009, Intermoney Energía, S.A.

El incremento en el volumen de negociación del mercado OTC está claramente influenciado por el incremento en el volumen de negociación de los contratos con vencimientos a más largo plazo.

Así, el contrato anual con entrega al año natural siguiente (Cal+1)¹⁸ es el más negociado (se muestra en el gráfico siguiente) e incluso se negocia desde 2007 el contrato Cal+2.

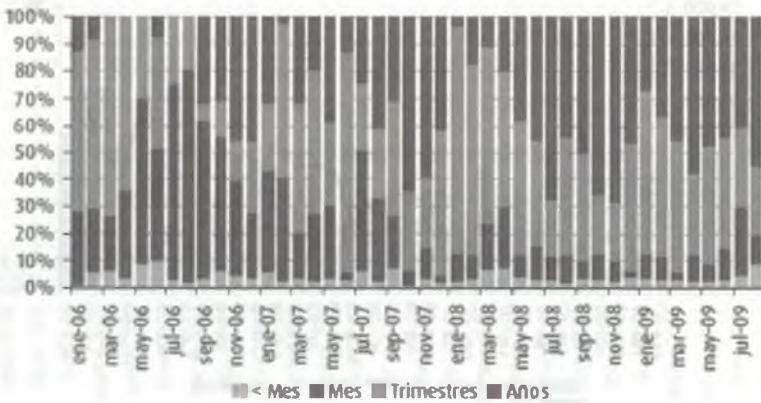


Fuente: «Análisis del mercado OTC eléctrico español», 24 de septiembre de 2009, Intermoney Energía, S.A.

18. Por ejemplo, durante 2010 se negocia el Cal2011, contrato con liquidación durante todo el año 2011.

Respecto a los contratos con vencimientos trimestrales, el contrato trimestral Q+2¹⁹ es el que cuenta con un mayor volumen negociado, con niveles ligeramente superiores a los del contrato Q+1.

El peso relativo del volumen de negociación OTC mensual por tipo de contratos, en el periodo enero 2006 – agosto 2009 se muestra en el siguiente gráfico, en el que puede verse cómo va aumentando el peso de los contratos de mayor duración:



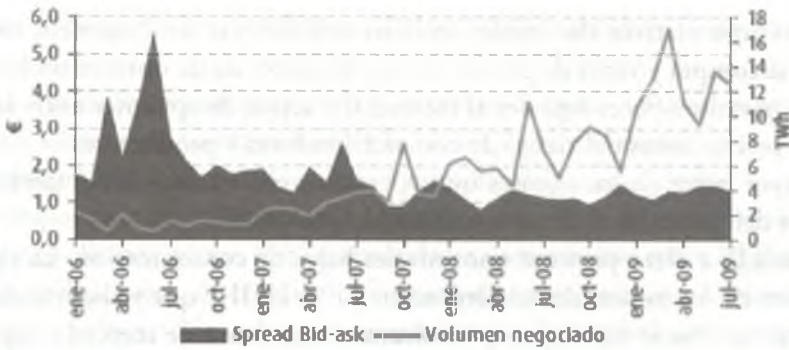
Fuente: «Análisis del mercado OTC eléctrico español»,
24 de septiembre de 2009, Intermoney Energía, S.A.

Generalmente se usa como indicador de la liquidez del mercado la horquilla de precios, más conocida como «diferencial *bid-ask*» (o directamente *bid-ask* o *bid-offer spreads*), que muestra la diferencia entre el mejor precio de compra (*bid*) y el mejor precio de venta (*ask*).²⁰ A menor diferencia, o *spread*, entre *bid* y *ask*, más líquido se considera que es el mercado. Un *spread* muy amplio indica que si un comprador o un vendedor quieren realizar una operación, no tienen seguridad de no alterar el precio del mercado, mientras que un *spread* ajustado indica que es posible realizar operaciones a un precio estable.

En el caso del mercado OTC español, la tendencia decreciente del *spread bid-ask* ha estado en consonancia con el desarrollo e incremento del volumen negociado y del número de agentes, tal y como se muestra en el siguiente gráfico. Mientras que en el año 2006, la diferencia entre las ofertas de compra y de venta se situó, en media, por encima de los 2,5 €, dos años más tarde esta diferencia era menos de la mitad (1,17 €). La liquidez del mercado español, mostrada por estas cifras, se sitúa en los mismos niveles que otros mercados OTC europeos más desarrollados y con una mayor tradición, como el francés o el alemán.

19. En octubre 2010, el contrato Q+2 sería aquél con entrega en el segundo trimestre de 2011.

20. Esto es equivalente a la diferencia entre el tipo de cambio que podemos obtener en un momento dado al comprar divisas y al venderlas, como habrá notado cualquiera que haya comprado dólares para un viaje y haya vendido los dólares sobrantes a su vuelta.



Fuente: «Análisis del mercado OTC eléctrico español», 24 de septiembre de 2009, Intermoney Energía, S.A.

Spread bid-ask en los mercados OTC (€/MWh)			
Año	Alemania	Francia	España
2006	0,57	0,74	2,58
2007	0,79	0,70	1,55
2008	1,02	1,03	1,17
2009 (enero-agosto)	1,01	1,18	1,32

Fuente: «Análisis del mercado OTC eléctrico español», 24 de septiembre de 2009, Intermoney Energía, S.A.

5.2. PARTICIPANTES Y ESTRUCTURA DEL MERCADO

En el mercado OTC español participan en la actualidad unos 25 agentes negociadores (*traders*) que realizan transacciones en nombre propio o en nombre de terceros. Estos agentes son:

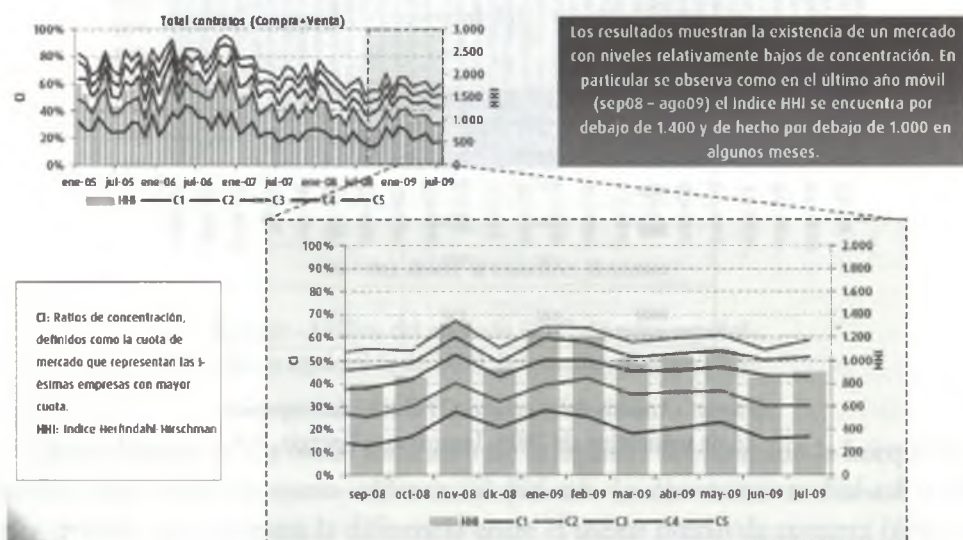
- empresas eléctricas y gasistas españolas y extranjeras (Endesa, Iberdrola, Gas Natural Fenosa, HC, Factor Energía, Nexus, E.on, Alpiq, EdF, GdF Suez, EGL, etc.),
- entidades financieras (Morgan Stanley, Citibank, Goldman Sachs, Deutsche Bank, Barclays,
- grandes consumidores de energía y empresas dedicadas a la negociación mayorista de materias primas (*commodities*) (como Cargill, Norsk Hydro o Mercuria).

Los mercados a plazo son utilizados con propósitos de cobertura (por ejemplo, cuando un comercializador compra energía para suministrar a sus clientes, o un generador vende por adelantado su producción del año siguiente para asegurar su

margen) o especulativos (los *traders* realizan una función fundamental, tomando riesgo en la compra y venta de productos con la esperanza de obtener un beneficio, lo que les permite ofrecer liquidez al mercado) y actuar de «puente» entre las necesidades y percepciones del riesgo de comercializadores y productores.

La mayor parte de los agentes que operan en el mercado OTC también son miembros del mercado de futuros gestionado por OMIP.

El mercado a plazo presenta unos niveles bajos de concentración. La siguiente gráfica muestra los índices de concentración C_i ²¹ y HHI,²² que ya hemos discutido anteriormente. Puede verse que, para alcanzar una cuota de mercado superior al 50 %, hacen falta cuatro o cinco empresas.



Fuente: «Análisis del mercado OTC eléctrico español», 24 de septiembre de 2009, Intermoney Energía, S.A.

5.3. EL COMPORTAMIENTO DE LOS MERCADOS A PLAZO Y SU SUPERVISIÓN

No ha habido ninguna actuación sancionadora de la CNE o de las autoridades de competencia sobre los mercados a plazo. No obstante, suelen escucharse opiniones sobre la falta de transparencia de los mercados OTC frente a los mercados de futuro organizados.

La información sobre precios y volúmenes negociados en los mercados OTC está disponible a través de empresas especializadas (como Platt's) o de los propios *brokers*. Es posible construir listas anónimas de operaciones, en las que se identifi-

21. Cuota de mercado que representan las empresas con mayor cuota.

22. Sumatorio de los cuadrados de las cuotas de mercado de cada una de las empresas en el mercado.

can, para cada operación, volúmenes, fechas, tipo de producto y precio (pero no las contrapartes).

Las autoridades regulatorias y de competencia (tanto las nacionales como la Dirección General de Competencia de la Unión Europea) tienen atribuciones para recabar información sobre actuaciones en estos mercados, y las utilizan en ocasiones. La más importante de éstas fue la «Investigación Sectorial» de los mercados de electricidad y gas llevada a cabo por las autoridades comunitarias entre 2005 y 2006.

Estas atribuciones, así como la obligación de los participantes del mercado de mantener la información sobre sus operaciones a disposición de los reguladores, han sido reforzadas y armonizadas en las últimas directivas de electricidad y gas. No obstante, están en curso diversas iniciativas reglamentarias, por parte de las instituciones europeas, para desarrollar lo establecido en las directivas y reforzar la supervisión de estos mercados.

- En particular, la reciente propuesta de reglamento europeo *on OTC derivatives, central counterparties and trade repositories*, adoptada por la Comisión Europea el 15 de septiembre de 2010, contempla, entre otros aspectos, la obligación de informar de las operaciones OTC a entidades denominadas *trade repositories*,²³ donde quedarán a disposición de las autoridades regulatorias y de competencia.
- También se espera, para finales de 2010, una iniciativa legislativa de la Comisión Europea sobre un régimen de transparencia e integridad para los mercados de energía y materias primas.

En cualquier caso, no es raro leer opiniones críticas sobre el comportamiento de los mercados OTC. Recientemente incluso se ha hecho público un informe de la CNE («Informe sobre la relación de los precios del mercado *spot* y el de los mercados a plazo», 27 de julio de 2010) en el que se concluye:²⁴

Primera. Desde la introducción del suministro de último recurso el 1 de julio de 2009, los precios a plazo de la electricidad, en particular los precios resultantes de las subastas CESUR, se han situado por encima de los precios del mercado *spot* (OMIE), en un contexto de fuerte caída de la demanda, vinculada a la disminución de la actividad económica, y de exceso de capacidad de tecnologías térmicas ante una mayor participación de las tecnologías eólica e hidráulica.

[...]

23. La propuesta introduce también obligaciones de gran impacto relativas al uso de cámaras de compensación y a la gestión de riesgos de las actividades OTC, que no discutiremos en este capítulo.

24. El informe presta, además, especial atención al mecanismo de fijación del precio de la tarifa de último recurso. Trataremos este tema en la próxima sección de este capítulo.

Tercera. La valoración del precio del contrato a plazo eléctrico se realiza a partir de la predicción de los precios medios spot que se realicen durante el periodo de entrega de los contratos a plazo. En mercados relativamente líquidos y con un número elevado de agentes heterogéneos, teóricamente la cotización promedio de un contrato a plazo debe tender al valor del precio medio spot en el periodo de entrega de la energía del contrato.

Cuarta. El hecho de que la electricidad no sea un bien almacenable hace que la evolución de las cotizaciones de los contratos a plazo no siga estrechamente la evolución del precio spot, aunque sí su tendencia. Por lo tanto, las cotizaciones a plazo de la electricidad, en especial para los plazos de entrega más alejados en el tiempo, siguen en mayor medida la evolución de variables explicativas como los combustibles, mientras que la del precio spot está condicionada, además, por la evolución de otros factores como la demanda, o la hidráulicidad y eolicidad.

Quinta. En general, la evolución de los precios de la contratación a plazo ha sido acorde con la evolución de precios a plazo de combustibles, en especial con el gas natural, cuya correlación es del 97,27 %, de enero de 2008 al 15 de junio de 2010.

[...]

Las conclusiones del informe de la CNE son más equilibradas que lo que ha sido reportado en la prensa en relación con este informe, que ha sido aprovechado para cuestionar la integridad del mercado OTC español y del sistema de fijación de los precios de la tarifa de último recurso, sugiriendo, más o menos abiertamente, la manipulación del mercado a plazo por parte de los agentes.

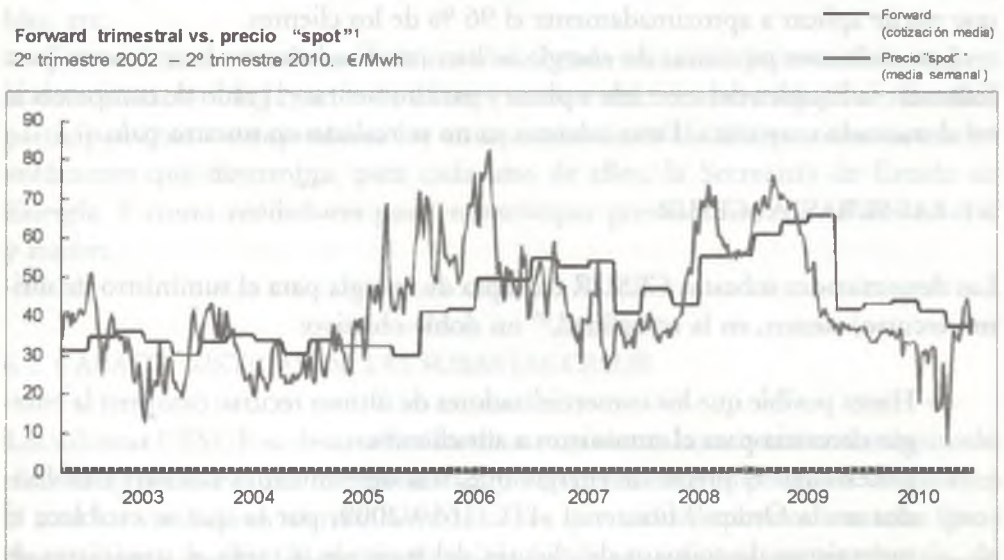
De hecho, un análisis sosegado del mercado a plazo español y su relación con el mercado *spot* pone de manifiesto que la relación entre ambos es la que cabría esperar. En efecto, ha de tenerse en cuenta que el mercado a plazo recoge la expectativa de los agentes de cuál será el precio mayorista en un periodo determinado del futuro. Si los agentes fueran capaces de adivinar el futuro, el precio *spot* convergería con el precio a plazo. Sin embargo, como es obvio, no se puede predecir el futuro. El precio del mercado a plazo vendrá influenciado por las perspectivas que los agentes tienen sobre el equilibrio de oferta y demanda, los precios de combustibles y CO₂, etc. Mientras que el precio *spot* se ve influido, además, por elementos de corto plazo, como pueden ser la climatología, las indisponibilidades de instalaciones, el viento, etc. La experiencia del mercado español y de otros mercados eléctricos muestra que los precios del mercado a plazo pueden estar por encima o por debajo del mercado *spot*; en un horizonte de tiempo suficientemente largo ambos tenderán a converger, pero ello no puede garantizarse en ningún periodo concreto.

La figura siguiente muestra la relación entre los precios a plazo y *spot* en el mercado español desde el año 2003. Puede verse que, en ocasiones el *spot* está por debajo y en otros casos está por encima. Efectivamente, como pone de manifiesto el informe de la CNE, en la segunda mitad de 2009 y primera mitad de 2010 el

precio *spot* ha estado por debajo del precio *forward*. Pero no puede olvidarse que se trató de un periodo donde los precios *spot* españoles fueron particularmente bajos, muy inferiores a los históricos o a los de otros mercados europeos, con numerosas horas en las que el precio diario era cero, debido (como ya se discutió anteriormente) a la producción renovable, la elevada hidraulicidad y el efecto de los contratos *take or pay* de gas. Sin embargo, durante ese periodo los precios *forward*, aunque más bajos que en el resto de Europa, se separaron menos de éstos que el *spot*. Esta situación ha cambiado posteriormente, en la medida en que el precio *spot* ha empezado a recuperarse hacia valores más «normales».

Forward trimestral vs. precio "spot"

2º trimestre 2002 – 2º trimestre 2010. €/Mwh



En todo caso, debe tenerse en cuenta que el mercado lleva integrados sus propios mecanismos de corrección. Si hubiera un sesgo sistemático entre precios *forward* y precios *spot*, los agentes aprovecharían para especular, y lo eliminarían. Por ejemplo, si el precio a plazo fuera sistemáticamente más alto que el *spot*, los agentes venderían por anticipado en el mercado a plazo (quedándose cortos) para recomprar en el *spot*, a un precio más bajo, quedándose con la diferencia. Así pues, este tipo de diferencias, de existir, no pueden prolongarse más allá de un tiempo muy corto.

6. LA CONTRATACIÓN REGULADA: LAS SUBASTAS CESUR Y LAS EMISIONES PRIMARIAS DE ENERGÍA

Existen dos mecanismos de contratación a plazo que han sido establecidos por el regulador: las subastas CESUR (mediante las cuales los comercializadores de último recurso se aprovisionan de energía) y las emisiones primarias de energía (mediante las que Endesa e Iberdrola fueron obligadas a subastar determinados volúmenes de energía). Se trata de dos mecanismos en los que la participación (para algunos) es obligatoria, y que se desarrollan mediante esquemas diseñados por el regulador.

Las subastas CESUR tienen una gran relevancia, pues su resultado sirve de base para la determinación del valor de la tarifa de último recurso en cada trimestre, que puede aplicar a aproximadamente el 96 % de los clientes.

Las emisiones primarias de energía se han justificado como herramienta para fomentar la liquidez del mercado a plazo y para aumentar el grado de competencia en el mercado mayorista. Estas subastas ya no se realizan en nuestro país.

6.1. LAS SUBASTAS CESUR

Las denominadas subastas CESUR (compra de energía para el suministro de último recurso) tienen, en la actualidad,²⁵ un doble objetivo:

- Hacer posible que los comercializadores de último recurso compren la energía necesaria para el suministro a sus clientes.
- Determinar el precio de energía que, tras determinados cálculos establecidos en la Orden Ministerial «ITC/1659/2009, por la que se establece el mecanismo de traspaso de clientes del mercado a tarifa al suministro de último recurso de energía eléctrica y el procedimiento de cálculo y estructura de las tarifas de último recurso de energía eléctrica», se traslada como uno de los componentes principales de las tarifas de último recurso.²⁶

Las subastas CESUR constituyen el primer caso en España en que se traslada un precio de mercado directamente a la tarifa. Hasta la introducción de la TUR,

25. Con anterioridad, las subastas CESUR fueron utilizadas para que los distribuidores compraran a plazo parte de la energía necesaria para el suministro a tarifa. Entonces el precio resultante de la subasta no se trasladaba a la tarifa, y el objetivo principal de éstas era fomentar la contratación a plazo. Además, en los primeros meses de existencia de la tarifa de último recurso, otras subastas, gestionadas por OMIP, intervinieron también en la determinación de la tarifa de último recurso. En este capítulo no nos detendremos ni en las subastas CESUR para distribuidores ni en las subastas OMIP para comercializadores de último recurso, pues ambas han dejado de realizarse.

26. La tarifa de último recurso (TUR) es el último reducto de tarifa regulada de electricidad en España. Tienen derecho a ella los consumidores de baja tensión con menos de 10 kW de potencia contratada. Es aplicada por los denominados comercializadores de último recurso (CUR), que están obligados a vender a este precio a los clientes con derecho a TUR. La TUR sólo se puede aplicar, aproximadamente, al 30 % de la demanda nacional de electricidad, pero tienen derecho a ella, más o menos, el 94 % de los clientes (la gran mayoría de los clientes domésticos y pequeñas empresas).

la tarifa integraba, en el mejor de los casos, una previsión del precio de mercado. Esta previsión a menudo se desviaba de la realidad,²⁷ introduciendo la necesidad de ajustes y dificultando (o haciendo imposible) que los comercializadores pudieran competir contra la tarifa. Con las subastas CESUR, la tarifa no incorpora una previsión del precio de la energía, sino el precio a plazo al que los comercializadores de último recurso compran realmente su energía (al menos, parte de ésta).

Este precio a plazo está afectado por una serie de cálculos equivalentes a los que realiza cualquier comercializador para elaborar una oferta a sus clientes, que tienen como objeto convertir el resultado de la subasta, que se refiere a productos normalizados, de punta y base, en un precio que considere la curva de carga de un consumidor típico de la tarifa de último recurso, el coste medio de los desvíos esperables, etc.

Estas subastas se realizan en la actualidad cada trimestre, y sirven de base para la determinación de la tarifa de último recurso del trimestre siguiente. En ellas participan como compradores los comercializadores de último recurso, en los volúmenes que determina, para cada uno de ellos, la Secretaría de Estado de Energía. Y como vendedores pueden participar generadores, comercializadores, y *traders*.

6.2. CARACTERÍSTICAS DE LAS SUBASTAS CESUR

Las subastas CESUR se desarrollan mediante un mecanismo iterativo denominado *descending clock*: se comienza fijando administrativamente un precio de salida, ante el cual los vendedores ofertan los volúmenes que están dispuestos a vender (productos base y punta). El precio de salida ha de ser suficientemente elevado, de modo que asegure un volumen de oferta que exceda inicialmente la cantidad de energía demandada (a ese precio muchos agentes estarán dispuestos a vender). Posteriormente se van efectuando sucesivas rondas, reduciendo gradualmente el precio. Ante cada nuevo precio, los vendedores responden con nuevas ofertas de cantidad, que en cada ronda habrán de ser iguales o menores que las ofertas de la ronda anterior (a medida que el precio baja, los vendedores van perdiendo interés en vender). El proceso continúa hasta que la cantidad ofertada sea menor o igual a la que los CUR han de comprar.

En las primeras subastas CESUR se negociaban productos con entrega física. En la actualidad, se subastan productos con liquidación financiera. La normativa establece un sistema de garantías orientado a cubrir al CUR en caso de incumplimiento del vendedor.

27. En la mayoría de los casos esta desviación era a la baja, es decir, el precio de mercado acababa siendo superior al precio implícito en tarifa, dando lugar al déficit de tarifa denominado *ex post*. En este capítulo no hablaremos del déficit de tarifa, pues, a pesar de su enorme relevancia para la competencia, ha tenido impacto fundamentalmente en la actividad de comercialización.

Las subastas CESUR son gestionadas por OMEL,²⁸ y supervisadas por la CNE. El resultado de cada subasta no se considera firme hasta que la CNE no verifica que el proceso de la subasta se ha realizado de forma objetiva, transparente y no discriminatoria.

Antes de cada trimestre, los comercializadores de último recurso son requeridos por la Secretaría de Estado de Energía para enviar sus previsiones de energía a suministrar bajo la tarifa de último recurso. A continuación, la propia Secretaría de Estado determina el volumen que cada CUR podrá adquirir.

6.3. VALORACIÓN DE LAS CESUR

En cumplimiento de sus funciones, los resultados de todas las subastas CESUR han sido validados por la CNE. Ni el regulador energético ni las autoridades de competencia han iniciado ninguna actuación sobre esta parte del mercado mayorista. Esto resulta lógico, dado que las subastas CESUR han mostrado un comportamiento muy competitivo desde el principio. En las subastas novena y décima, que han cubierto la segunda mitad de 2009 y la primera mitad de 2010 (el periodo desde la introducción de la TUR), han participado un elevado número de vendedores, y ninguno de ellos ha tenido una cuota especialmente relevante.

- Cabe destacar que los principales generadores, Endesa e Iberdrola, han tenido una participación baja como vendedores, especialmente en el caso de Endesa. En la novena subasta, la participación de Endesa, según el producto, estaba entre el 3 % y el 8,2 %, y en la décima subasta oscilaba entre el 0 % y el 0,2 %. Esto resulta lógico, si se considera que Endesa está habitualmente en una posición corta, pues comercializa más energía de la que produce.
- Del mismo modo, la participación de Iberdrola oscilaba entre el 8 % y el 14,9 % en la novena subasta, y entre el 6,3 % y el 18,3 % en la décima subasta.
- Por el contrario, obtuvieron cuotas muy elevadas agentes relativamente inesperados: el operador del sistema portugués, REN, superó el 11 % de cuota en los productos base de la novena subasta (REN dispone de un volumen de energía, merced a los contratos de compra que mantiene con algunos de los productores independientes portugueses en nombre del sistema eléctrico portugués).
- Otro agente con cuota relevante en la novena subasta fue EdF, que llegó al 15,1 % en el producto base para el cuarto trimestre.
- En la décima subasta, vendedores como Morgan Stanley, EGL o el Royal

28. Las primeras subastas CESUR fueron gestionadas por la empresa consultora NERA.

Bank of Scotland superaron en cuota a algunos de los generadores tradicionales españoles.

No obstante, las CESUR no están exentas de problemas. Desde que empezó a diseñarse el esquema de las subastas CESUR y la tarifa de último recurso, los CUR mostraron su preocupación por dos características del nuevo sistema:

- El hecho de que la mayor parte de la demanda sujeta a TUR se negociara en una única subasta.²⁹ Esto suponía un enorme riesgo, dado que un error o un incidente aislado que afectara al mercado eléctrico podría verse reflejado de forma desproporcionada en la tarifa que iba a estar vigente durante un trimestre.
- La imposibilidad para los CUR de aprovisionarse de toda su energía en las subastas, lo que les obliga a quedarse con una importante posición abierta y les supone un riesgo de mercado que no debería estar presente en una actividad como ésta.

La CNE, en su informe antes citado sobre diferencia entre los precios *spot* y a plazo, realiza una serie de propuestas muy razonables en relación con estos problemas:

Que el Sistema realice la cobertura de la demanda del CUR que no haya sido cubierta a través de las subastas, valorada al mismo precio de la subasta CESUR, resultado que sería liquidado contra el precio *spot* (se generaría una liquidación financiera positiva para el Sistema si el precio CESUR fuera superior al precio OMEL, como viene ocurriendo desde la introducción del SUR, y negativa para el Sistema en caso contrario que, en última instancia, redundaría en beneficios para los consumidores acogidos a la TUR).

Dado que el mercado no organizado financiero con subyacente OMEL (mercado OTC) es la referencia más líquida que está influyendo en la formación de precios en las subastas CESUR, se considera necesaria una supervisión efectiva y coordinada con el supervisor financiero de dichas referencias a plazo, en los términos indicados en la Directiva de electricidad de 13 de julio de 2009. La necesaria supervisión coordinada entre ambos reguladores exige la modificación normativa del artículo 90 de la LMV relativo al secreto profesional de la CNMV, para que pueda compartir datos de transacciones de derivados eléctricos con la CNE.

29. En las primeras convocatorias, parte de la demanda TUR se compraba en otras subastas, gestionadas por OMI, que eran herederas directas de un esquema de contratación aplicado anteriormente a los distribuidores para sus ventas a tarifa. No obstante, el volumen de estas subastas era muy reducido, por lo que no llegaban a evitar los problemas que se mencionan a continuación.

En otros informes ha realizado propuestas en la misma línea:

Que exista una efectiva supervisión del OTC financiero por la autoridad competente, en la medida en que dichas cotizaciones son la referencia líquida en la formación de precio CESUR.

La celebración de distintas subastas CESUR, lo que permitirá disponer de distintas referencias de precio en la TUR, aumentará la presión competitiva en las subastas al disminuir el volumen objeto de subasta y facilitará la cobertura de los CUR a través de dichas subastas.

Que la entidad gestora de la subasta proponga una revisión y mejoras de los mecanismos vigentes de protección de la subasta CESUR.

Las propuestas de los CUR y de la CNE han tenido eco, al menos parcialmente. Con el objetivo de que los CUR puedan cubrir una mayor parte de su demanda, se ha elaborado una propuesta de Real Decreto que establece que los CUR contratarán al menos parte de su demanda no cubierta en la CESUR, al mismo precio resultante de la subasta, con el sistema eléctrico.³⁰ Esta propuesta es un paso en la buena dirección, aunque el borrador que ha sido enviado para trámite de audiencia presenta una serie de imperfecciones (que escapan al alcance de este capítulo) que impiden que el CUR quede realmente protegido contra el riesgo de mercado.

No obstante, este mecanismo, relativamente artificioso, sería innecesario si se introdujera la reforma que han reclamado los CUR desde el principio y que también pide la CNE: un mayor número de subastas CESUR (tantas como sea posible), que permita a los CUR comprar toda su demanda y que impida que incidencias o errores aislados tengan un impacto desproporcionado.

6.4. LAS EMISIONES PRIMARIAS DE ENERGÍA

Las emisiones primarias de energía (EPE) son subastas de opciones de compra de energía hasta una potencia horaria determinada, que pueden ejercerse a lo largo de un período prefijado. Se subastan opciones de base y de punta. Las opciones subastadas dan derecho al comprador a comprar un determinado volumen de energía a un precio predeterminado (lo que se denomina el precio de ejercicio o *strike price*) a cambio de un pago fijo (denominado la prima de la opción). En cada subasta se fija el precio de ejercicio de cada producto (base y punta) y el resultado de la subasta es la prima que deberán pagar los compradores.

30. La contratación se producirá con los productores de régimen especial a tarifa, por el volumen que éstos vendan en el mercado diario. No obstante, dado que éstos continuarán percibiendo las tarifas vigentes, y que la diferencia entre el precio de la subasta CESUR y el precio del mercado diario les será compensada en la liquidación, no son los productores de régimen especial, sino el conjunto del sistema eléctrico el que se convierte en contraparte de los CUR.

En la terminología anglosajona los productos subastados suelen conocerse como «Virtual Power Plants (VPP)»,³¹ pues tratan de imitar, de una manera muy simplificada, los flujos económicos de una central de generación. La prima de la opción sería el equivalente al coste fijo de la instalación, mientras que el precio de ejercicio sería el coste variable. En los programas de subasta de este tipo de productos suele establecerse un precio de ejercicio para el producto base que equivale (aproximadamente) al coste variable de la tecnología de generación que se usa como base, mientras que el precio de ejercicio del producto punta suele corresponder al coste variable de la tecnología de punta.

Las subastas de VPP suelen justificarse como herramienta para promover la liquidez en los mercados a plazo o para limitar el poder de mercado de algunos operadores: como se recordará por una sección anterior de este capítulo, el incentivo de un agente a ejercer poder de mercado está condicionado por su posición contractual. Si un generador ya ha vendido su producción a largo plazo, ya no estará, en principio, incentivado a subir los precios en el mercado *spot*.

Se trata de una herramienta que ha sido utilizada, en particular, para atenuar los efectos sobre el mercado de determinadas operaciones de concentración. El caso más conocido y relevante son las subastas que la Comisión Europea impuso a EDF como condición para autorizar la compra de una participación significativa en la empresa alemana EnBW. Han sido impuestas, como condición en operaciones de concentración o como resultado de decisiones de las autoridades de competencia ante casos de abuso, a empresas como RWE, Electrabel, ESB, Enel, Nuon, Elsam, etc.

Las subastas VPP son populares por tratarse de un remedio menos «traumático» y más fácil de aplicar que las ventas de activos de generación.

6.5. JUSTIFICACIÓN Y CARACTERÍSTICAS DE LAS EPE

La Ley 36/2003, de Medidas de Reforma Económica, introdujo la Disposición Adicional Decimosexta de la Ley 54/1997, del Sector Eléctrico, que posteriormente ha sido modificada por los Reales Decretos Ley 5/2005 y 7/2006:

El Gobierno podrá establecer por vía reglamentaria mecanismos de mercado que fomenten la contratación a plazo de energía eléctrica. Dichos 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 período de tiempo que se especifiquen en la emisión.

31. En inglés se habla de «Virtual Power Plant Auctions», lo que suele traducirse incorrectamente al castellano como «subastas virtuales». No obstante, las subastas son reales, no virtuales, y es el producto que se subasta lo que puede compararse a una central virtual.

Esta emisión primaria de energía será realizada por aquellos productores de energía eléctrica que tengan la condición de operadores dominantes en el sector eléctrico.

La potencia afectada en cada emisión no podrá ser superior, para cada operador dominante, al 20 por ciento de la potencia eléctrica instalada de la que se 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 ciento de la potencia total emitida.

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.

Desarrollos normativos posteriores impusieron esta obligación exclusivamente a dos de los operadores dominantes, Endesa e Iberdrola, en cantidades iguales, al tiempo que se excluía como compradores a los cuatro primeros grupos empresariales considerados como operadores dominantes del sector eléctrico.

Es interesante resaltar que la justificación de las emisiones primarias de energía nunca ha estado del todo clara. En ocasiones (como es el caso del texto legal citado) el objetivo citado es promover la contratación a plazo o la liquidez del mercado mayorista. Sin embargo, en el Real Decreto 324/2008 se introduce una nueva justificación: la reducción del poder de mercado de los operadores dominantes:

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.

Sin embargo, nunca se ha hecho público un análisis que justifique los volúmenes a subastar, ni el efecto que estas subastas debían tener en el grado de competencia en el mercado, ni la justificación para restringir la aplicación de esta medida a Endesa e Iberdrola.

La realización de las primeras subastas fue encargada a Deloitte e IBM, entidades seleccionadas por Endesa e Iberdrola. Las últimas fueron responsabilidad de MEFF, por decisión de la CNE. En todos los casos, Endesa e Iberdrola se hacían cargo de todos los costes.

Se subastan dos productos, en línea con lo que es habitual en otros casos europeos: el producto base, consistente en opciones horarias ejercitables durante las 24 horas del día, de todos los días del período de entrega, y el producto punta, consistente en opciones horarias ejercitables únicamente en las horas definidas como punta (entre las 8:00 y las 24:00 de todos los días, excepto sábados, domingos y

festivos nacionales) del período de entrega. Para cada producto se subastan diversos periodos temporales.

El precio de ejercicio de las opciones es el precio al que se entregará la energía en caso de que el propietario de la opción decida ejercerla, y será fijado por el ministerio con al menos un mes de antelación a la realización de cada subasta.

La subasta se realiza en varias rondas. Se parte de un precio de salida, que ha de ser suficientemente bajo, para asegurar que la demanda es superior a la oferta. Los compradores presentan sus ofertas, sólo en el volumen que están dispuestos a comprar a ese precio. Al pasar de una ronda a la siguiente los precios aumentarán para todos los productos, con el objeto de conseguir una reducción de la demanda (método *multi-round, ascending clock*). En cada ronda, los demandantes pujarán simultáneamente las cantidades que desean adquirir por cada uno de los seis productos subastados: base y punta y periodos de entrega prefijados trimestre, semestre y año. En cada ronda, a medida que sube el precio fijado por el administrador, las pujas presentadas por los demandantes no podrán incrementar la cantidad total de potencia solicitada para cada uno de los productos (punta o base), si bien podrán reducir el volumen demandado o cambiar libremente su distribución en los diferentes periodos de entrega de dentro del producto base o punta.

La condición de cierre de la subasta se da cuando la potencia trimestral equivalente (que es la suma de cuatro veces la potencia demandada para el periodo de entrega año, más dos veces la del semestre, más una vez la del trimestre) demandada en una ronda sea igual o inferior a la potencia trimestral equivalente ofertada para los dos productos, base y punta. Si del proceso de subasta resultaran cantidades de producto no adjudicadas, éstas serán incorporadas a la oferta de las subastas subsiguientes.

Los productos subastados en las primeras EPE tenían entrega física, posteriormente se introdujeron productos con liquidación financiera.

6.6. VALORACIÓN DE LAS EPE

Las emisiones primarias de energía han sido fuertemente contestadas por Endesa e Iberdrola, que han recurrido ante los tribunales la mayor parte de las normas en relación con estas subastas.

El aspecto más controvertido ha sido el precio de reserva. Los vendedores han argumentado que las subastas constituían una expropiación, y que estaban obligados a desprenderse de energía sin poder poner ninguna restricción al precio que podían pedir por ella, por lo que solicitaban la aprobación de una metodología para establecer un precio de reserva, basado en valores de mercado, por debajo del cual no venderían.

La ausencia de un precio de reserva aceptable les ha llevado, en varias ocasiones, a vender sensiblemente por debajo de los precios de mercado a plazo existentes en el momento de realización de la subasta.

También se ha podido comprobar que, debido a la proximidad en el tiempo de las convocatorias de EPE y CESUR, la mayor parte de los compradores de las EPE procedían, pocos días más tarde, a vender toda la energía comprada en las subastas CESUR, obteniendo márgenes bastante significativos con un riesgo muy reducido. Se ha dicho que las EPE sólo han servido para transferir importantes recursos de los consumidores (que acababan pagando el precio de la CESUR) a una serie de *traders* e intermediarios.

No puede negarse, en todo caso, que durante el periodo de realización de las EPE ha aumentado notablemente la liquidez en los mercados a plazo españoles (e ibéricos), aunque es discutible qué responsabilidad tienen las subastas EPE en ese incremento.

Las actuaciones judiciales emprendidas por Endesa e Iberdrola han obtenido un resultado muy relevante, en la sentencia de 25 de mayo de 2010 del Tribunal Supremo, en el recurso interpuesto contra el RD 324/2008, que establecía las condiciones y el procedimiento de funcionamiento y participación en las emisiones primarias de energía eléctrica. La sentencia anula varias disposiciones del RD. En concreto:

- El Tribunal Supremo establece que en principio el sistema de subastas es adecuado para incrementar la competencia, y por lo tanto acorde a la ley, sin entrar en el aspecto económico de la cuestión.
- El Tribunal estima la pretensión de que no pueden ser obligados a vender en las EPE sólo Endesa e Iberdrola, sino todos los operadores dominantes que en cada momento lo sean.
- El Tribunal Supremo anula la posibilidad de productos con liquidación financiera, manteniendo solo las opciones sobre venta de energía física.
- En relación con el precio de reserva, el Tribunal establece que la Administración, aunque no necesariamente en el Real Decreto, tiene que fijar un precio de reserva para cada subasta, y por lo tanto éste tiene que existir y ser notificado, y las empresas lo podrán recurrir.

En marzo de 2009 se celebró la séptima y última subasta EPE. Tras ella, la CNE realizó una consulta pública para analizar la conveniencia de realizar nuevas subastas. Como conclusión de esa consulta la CNE no llega a proponer la realización de nuevas subastas:

Los resultados de la consulta revelan un contexto de mercado complejo, que está cambiando rápidamente, impulsado por los desarrollos regulatorios recientes. Se considera necesario emprender un estudio más profundizado sobre la evolución actual de los siguientes ámbitos:

- *El funcionamiento y la estructura del mercado OTC, y su relación con otros segmentos del mercado mayorista de electricidad.*

— La evolución de la competencia en el mercado minorista de electricidad, con especial atención al impacto de la integración vertical.»

Entre las propuestas de modificación de las EPE que han circulado en estos meses destacan aquéllas que se dirigen a alargar los plazos de entrega de los productos (en las subastas realizadas se han vendido trimestres, semestres y años), para subastar contratos de varios años de duración. Y se ha sugerido también imponer restricciones a los compradores, de modo que, de alguna forma, se restrinja la participación en las EPE a aquellas empresas que deseen comprar energía para comercializar a clientes finales.

Es obvio que este tipo de propuestas no haría sino empeorar el carácter expropiatorio de la medida. Al reducir la demanda (restringiendo la participación de posibles compradores) e incrementar la oferta (el mercado no reclama actualmente contratos de más de uno o dos años de duración, entre otras cosas por que no hay clientes finales interesados en esos plazos). Además, ideas como éstas ponen de manifiesto un cierto desconocimiento de la política de riesgos que sigue cualquier empresa que actúa en el mercado energético, que obliga a cualquier comercializador a acompasar sus compras a las ventas, para mantener siempre una posición relativamente equilibrada y, en todo caso, dentro de unos límites de riesgo establecido. Esta realidad chocaría con la pretensión de subastar productos de duración superior a dos años, pues éstos suponen un volumen económico (y, por lo tanto, un nivel de riesgo) mucho mayor.

7. VALORACIÓN DEL MERCADO MAYORISTA POR LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

Los análisis realizados por las autoridades de competencia, tanto españolas como europeas, han puesto de manifiesto la favorable evolución de la competencia en el mercado mayorista español, tanto en términos absolutos como en términos comparados con otros países de la Unión Europea. No obstante, continúa vigente una figura que podemos considerar anacrónica, la del operador dominante, a la que se imponen obligaciones que difícilmente pueden considerarse justificadas.

7.1. ANÁLISIS DE LAS AUTORIDADES DE LA UNIÓN EUROPEA

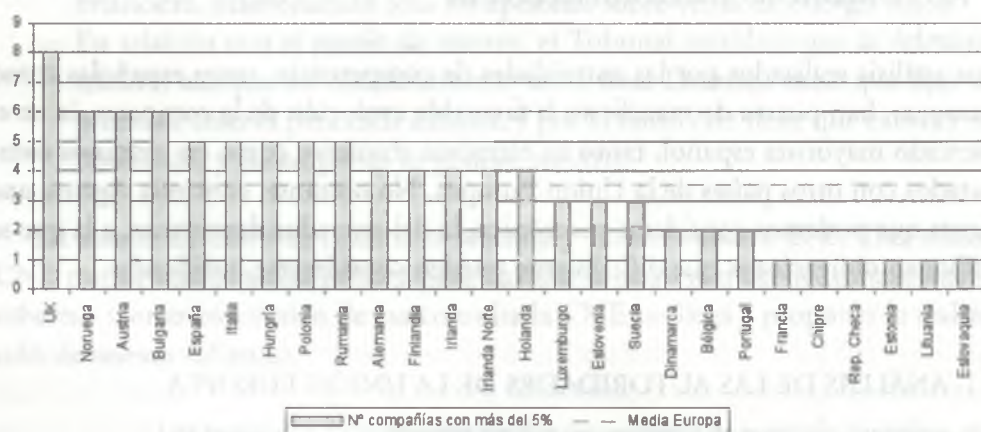
La Comisión Europea presta una especial atención a la competencia en los mercados de energía. Este interés quedó especialmente reflejado en la «Investigación Sectorial» de los mercados de electricidad y gas llevada a cabo por la Dirección General de Competencia (DGCOMP) entre 2005 y 2006. Se trató de un ambicioso esfuerzo de recopilación de información procedente de todos los participantes en los diversos mercados (productores, comercializadores, consumidores, ope-

radores del sistema, asociaciones sectoriales, etc.) que permitió a la DGCOMP realizar un diagnóstico en profundidad de la situación competitiva en esos mercados. El efecto más visible de la Investigación Sectorial fue un conjunto de propuestas legislativas que se concretaron en el denominado «Tercer paquete», las nuevas directivas y reglamentos de electricidad y gas. Pero, adicionalmente, la Comisión inició actuaciones contra empresas concretas a la luz de la información que había recopilado. Cabe señalar que, hasta la fecha, ninguna de esas actuaciones ha tenido como objetivo empresas españolas.

Además, la Dirección General de Energía publica periódicamente los denominados *benchmarking reports*. El último es el *Report on progress in creating the internal gas and electricity market*, de 11 de marzo de 2010, donde se analiza el progreso en la puesta en marcha de los mercados únicos de electricidad y gas. Este informe pone de manifiesto algunos datos sobre el mercado mayorista español:

- Cinco agentes tuvieron una participación superior al 5 % del mercado de generación nacional. Este valor sólo es superado por cuatro países europeos.
- La cuota acumulada de los tres mayores agentes en España ascendió a un 72,9 % en 2008, reduciéndose la cuota de 2007. Este valor está por debajo de la media europea.
- La cuota del primer generador en España es muy inferior a la media europea.

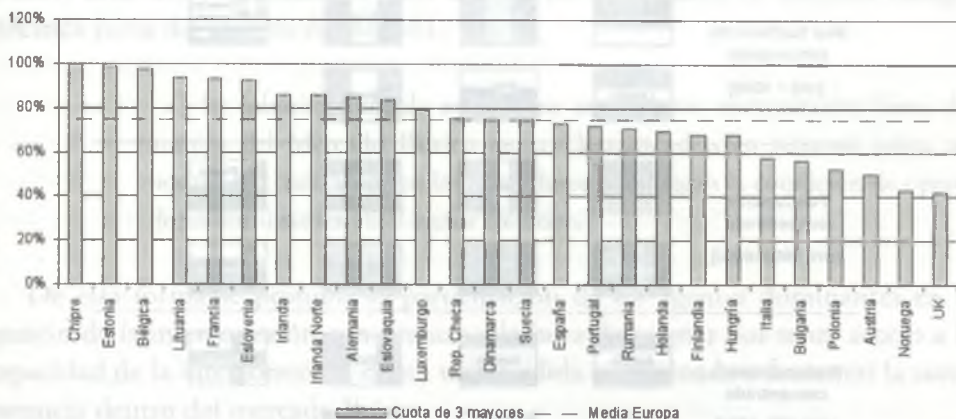
Número de compañías con más del 5 % de capacidad de generación en Europa



Fuente: Report on progress in creating the internal gas and electricity market.

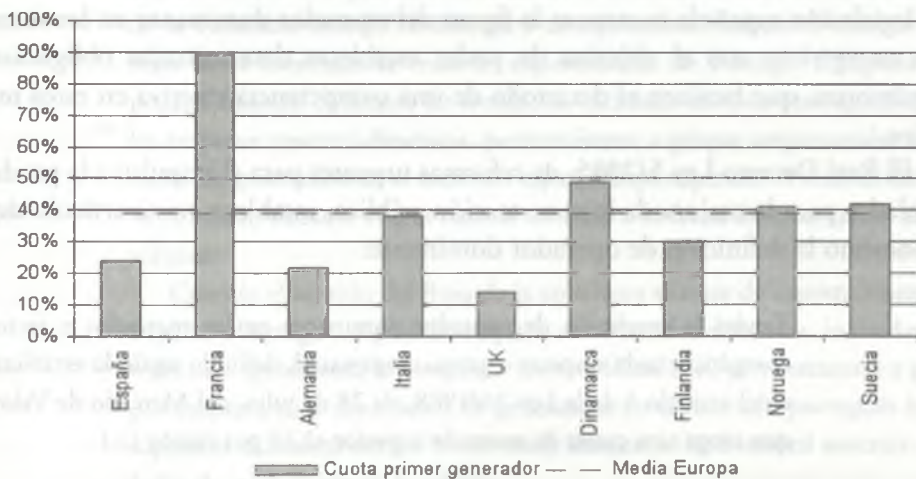
Comisión Europea. 11.3.2010

Cuota de los tres principales agentes de cada país



Fuente: Report on progress in creating the internal gas and electricity market. Comisión Europea. 11.3.2010

Cuota del primer generador

























Fuente: Report on progress in creating the internal gas and electricity market. Comisión Europea. 11.3.2010

Como conclusión, según la valoración de la Comisión Europea, el sistema eléctrico español se encuentra en el grupo de los menos concentrados de Europa:

Grado de concentración del mercado eléctrico en 2008

Report on progress in creating the internal gas and electricity market, EC, 11.3.2010

Muy fuertemente concentrado [HHI > 5000]				
				
Fuertemente concentrado [HHI 1800 -5000]				
				
Moderadamente concentrado [HHI 750 -1800]				
				

7.2. LA FIGURA DEL OPERADOR DOMINANTE

La legislación española incorpora la figura del operador dominante en los mercados energéticos con el objetivo de poder establecer determinadas obligaciones regulatorias, que faciliten el desarrollo de una competencia efectiva en estos mercados.

El Real Decreto Ley 5/2005, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, establece en su artículo decimonoveno la definición de operador dominante:

Tendrá la condición de operador dominante en los mercados o sectores energéticos toda empresa o grupo empresarial, definido según lo establecido en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que tenga una cuota de mercado superior al 10 por ciento [...]

La CNE aprobó el 30 de julio de 2008 la última resolución (hasta la fecha) en la que se establecen las relaciones de operadores principales y dominantes en los sectores energéticos. En concreto, en el sector eléctrico:

Operadores dominantes		
Actividad total	Actividad de generación de electricidad	Actividad de suministro de electricidad
ACCIONA/ENDESA/ENEL. GRUPO IBERDROLA. GRUPO EDP/HIDROCONTÁBRICO. ACS/UNIÓN FENOSA.	ACCIONA/ENDESA/ENEL. GRUPO IBERDROLA. GRUPO EDP/HIDROCONTÁBRICO. ACS/UNIÓN FENOSA.	ACCIONA/ENDESA/ENEL. GRUPO IBERDROLA. GRUPO EDP/HIDROCONTÁBRICO. ACS/UNIÓN FENOSA.

Posteriormente, en una resolución de 17 de marzo de 2009, la CNE elimina de dicha relación a ACCIONA, ENEL y ACS.

Por otra parte, el artículo vigésimo segundo del mencionado Real Decreto Ley 5/2005 establecía la limitación a los operadores dominantes de adquirir energía eléctrica fuera del ámbito del MIBEL:

[...] las adquisiciones de energía en otros países comunitarios fuera del ámbito del Mercado Ibérico de la Electricidad o en terceros países no podrán ser realizadas por los operadores que tengan la condición de operadores dominantes en el sector eléctrico.

De esta forma se prohibía la participación de los agentes dominantes en la gestión de la interconexión con Francia a la hora de pugnar por tener acceso a la capacidad de la interconexión, como una medida encaminada a fomentar la competencia dentro del mercado Ibérico.

Por su parte, la Orden ITC/1549/2009, por la que se actualiza el anexo III de la Orden ITC/4112/2005, por la que se establece el régimen aplicable para la realización de intercambios intracomunitarios e internacionales de energía eléctrica, establece limitaciones similares en la gestión de la interconexión entre España y Portugal:

2.6 Conforme a lo previsto en la directriz modificada 2.10 de la Decisión de la Comisión 2006/770/CE, de 9 de noviembre, cuando el sentido del flujo de la cobertura se trate de exportaciones de Portugal a España no podrán adquirir contratos las entidades, incluidas en todo caso igualmente las empresas comercializadoras, pertenecientes a grupos empresariales cuya cuota de generación en el mercado español haya superado el umbral del 20 % del total, durante el año natural anterior a la fecha de celebración de la subasta.

Cuando el sentido del flujo de la cobertura se trate de exportaciones de España a Portugal no podrán adquirir contratos las entidades, incluidas en todo caso igualmente las empresas comercializadoras, pertenecientes a grupos empresariales cuya cuota de generación en el mercado portugués haya superado el umbral del 20 % del total, durante el año natural anterior a la fecha de celebración de la subasta.

Esta medida estaba encaminada a limitar el acaparamiento de la interconexión en el sentido importador por parte de los agentes con una cuota superior al 20 % en cada mercado por separado. Era especialmente relevante en el comienzo del MIBEL, ya que entre un 80 % del tiempo ambos mercados estaban separados y por lo tanto había dos mercados relevantes diferentes, España y Portugal, cada uno con su propio grado de concentración. Hoy en día el funcionamiento del MIBEL ha cambiado radicalmente, y la separación de ambos mercados sólo se produce en menos de un 20 % del tiempo.

Por otra parte, como ya se comentó anteriormente, la existencia de estas restricciones en la interconexión con Francia lleva a una utilización de ésta por deba-

jo de los valores óptimos. No parece muy coherente que el operador dominante, casi único, de un país altamente concentrado, como es Francia, pueda importar energía desde España, mientras que los operadores españoles, operando en uno de los mercados menos concentrados de la Unión Europea, tienen limitado el acceso a dicha interconexión.

7.3. VALORACIÓN POR LA CNC Y LA CNE: DECISIÓN GAS NATURAL – UNIÓN FENOSA

Los análisis de las operaciones de concentración requieren los estudios más exhaustivos de los mercados por parte de las autoridades de competencia. Lógicamente, si existiera un diagnóstico negativo sobre la situación competitiva del mercado eléctrico (o del gasista), cualquier objeción debería ponerse de manifiesto al analizar el proyecto de concentración de dos agentes tan relevantes como Gas Natural y Unión Fenosa para los mercados eléctrico y gasista.

La propuesta de concentración fue acompañada de una serie de compromisos que, en lo relativo al mercado de generación, se reducían a la desinversión de 2.000 MW de capacidad de generación de ciclo combinado.

A instancias de la Comisión Nacional de Competencia, la CNE aprobó su informe sobre esta operación con fecha 9 de octubre de 2008.

Finalmente, la Comisión Nacional de Competencia propuso la aprobación de la concentración, sujeta a la ejecución de los compromisos presentados por el solicitante.

Como conclusión del análisis del impacto en el mercado eléctrico se consideraron afectados los mercados de generación y comercialización y también se analizaron los efectos en la actividad regulada de distribución ante los efectos conglomerado resultantes del solapamiento de redes de gas y electricidad. No obstante, en este capítulo nos detendremos brevemente sólo en los efectos y condiciones relativos al mercado mayorista de electricidad.

A juicio de la CNE, la operación tendría un impacto moderado sobre el mercado total de generación, donde Iberdrola y Endesa mantendrían cuotas en el orden del 23 %-28 %, respectivamente, mientras el nuevo grupo alcanzaría el 17,5 %. La concentración medida por el HHI aumentaría, pero sin superar el umbral de variación de referencia de 250 puntos. Por ello la CNE consideró que el nuevo grupo podría tener un incentivo modesto, aunque en todo caso mayor, a subir los precios, con respecto a la situación de partida.

Sin embargo, al poseer una elevada cuota en el subconjunto de centrales retirables marginales (centrales hidráulicas, ciclos combinados y centrales de carbón), el nuevo grupo adquiriría una mayor capacidad potencial de fijación de precios en el mercado diario.

El análisis de pivotalidad, orientado a establecer si la potencia disponible de un generador es indispensable para abastecer la demanda en determinados periodos

del año, puso de manifiesto que el nuevo grupo sería pivotal en un número reducido de horas y días al año, muy inferior al de Iberdrola y Endesa (ya de por sí bajo, como hemos discutido anteriormente en este mismo capítulo).

El análisis de la CNE también señalaba que la operación empeoraría la concentración en la oferta de servicios de regulación terciaria y gestión de desvíos. En cuanto a la resolución de restricciones técnicas, el informe de la CNE señalaba que únicamente se producía un solapamiento geográfico de las centrales de ambas empresas en la provincia de Cádiz. Este solapamiento implica un aumento de cuota de potencia instalada de la nueva compañía en la zona del 10,5 % al 21 % en 2007 y del 19,2 % al 28,7 % en 2009. No obstante, se concluye que el impacto de la operación en este mercado sería poco significativo, considerando que el aumento de capacidad y el desarrollo de nuevas líneas de transporte reducirían la probabilidad de que se produzcan restricciones en la zona señalada.

La CNE no consideró en su informe que la mayor integración vertical derivada de la operación fuese a afectar negativamente a la dinámica competitiva en ninguno de los dos mercados afectados, debido a que el tamaño del nuevo grupo en generación no sería suficiente como para permitirle cerrar el acceso a este mercado para otros comercializadores o subir su precio, dada la existencia de un mercado *spot* de generación organizado líquido y con precios transparentes. Por otro lado, tampoco cabría esperar un efecto de cierre sobre el mercado descendente de suministro, dado que el nuevo grupo no acapararía una demanda significativamente superior a la abastecida por Unión Fenosa antes de la operación.

La CNE planteó dos tipos de remedios alternativos: realización de una cesión de potencia virtual, en el entorno de 400 MW, o desinversión de ciclos combinados por una potencia similar.

La CNE dejó claro que el criterio básico para determinar la cantidad objeto del remedio está relacionado con el objetivo de anular la «pivotalidad» adquirida, es decir la capacidad potencial del nuevo grupo de ejercer poder de mercado de manera unilateral, único efecto anticompetitivo que fue identificado en el mercado mayorista de electricidad. Cabe destacar que este volumen era inferior al que el propio solicitante propuso en su notificación (2000 MW).

7.4. CONCLUSIÓN: QUÉ OPINAN LAS AUTORIDADES DE COMPETENCIA

A lo largo de este capítulo hemos señalado la falta de actuaciones de las autoridades de competencia y el regulador energético en relación con el mercado mayorista de electricidad, excepto en el caso de las restricciones técnicas. Pero la CNC y la CNE no sólo han valorado el mercado eléctrico «por omisión». En sus informes sobre la propuesta de concentración de Gas Natural y Unión Fenosa se han pronunciado activamente. En este caso, que suponía la unión del operador más importante del mercado del gas, con una presencia muy relevante en generación eléctrica, y el tercer generador y comercializador de electricidad, se aceptó la concentración

sujeta a las condiciones que ofrecía el solicitante. Y es reseñable que los 2000 MW de desinversiones que propuso Gas Natural estaban muy por encima de los 400 MW que la CNE consideró necesarios para aliviar los problemas que esta operación causaba en el mercado mayorista. No cabe mejor diagnóstico de la situación competitiva del mercado mayorista que éste.

8. LAS AYUDAS AL CARBÓN NACIONAL

Uno de los temas más debatidos en el sector eléctrico durante 2009 y 2010 ha sido, sin duda, el esquema que se acaba de aprobar para garantizar la producción de energía eléctrica a partir del carbón autóctono.

Los Reales Decretos 1221/2010, aprobado el 1 de octubre, y 134/2010, establecen el denominado procedimiento de resolución de restricciones por garantía de suministro. Mediante este esquema, del mismo modo que el procedimiento de restricciones técnicas «tradicional» sirve para modificar el programa de generación resultante del mercado con el objeto de respetar las limitaciones derivadas de la red de transporte, el nuevo procedimiento se usará para modificar el programa resultante del mercado con el objetivo de asegurar el acomodo de un importante volumen de producción con carbón nacional.

Esto resulta necesario, según el Gobierno, porque la producción con carbón nacional no resulta actualmente competitiva, al ser este combustible más caro que el carbón importado y el gas natural. La falta de utilización del carbón autóctono condenaría al cierre a las empresas mineras españolas, lo que, en opinión del Gobierno, pondría en peligro la seguridad de suministro, al tratarse del único combustible fósil producido en España. No obstante, no puede ignorarse que la justificación principal de este real decreto reside en la necesidad de mantener activas unas empresas que son las principales fuentes de empleo y riqueza en comarcas que, hoy por hoy, no parecen tener alternativas de supervivencia económica.

8.1. ANTECEDENTES

La Directiva 2009/72/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, al igual que las derogadas Directivas 1996/92 CE y 2003/54/CE, establecen que «Por motivos de seguridad del suministro, los Estados miembros podrán disponer que sea preferente la entrada en funcionamiento de las instalaciones generadoras que utilicen fuentes de combustión de energía primaria autóctonas en una proporción que no supere, en el curso de un año civil, el 15 % de la cantidad total de energía primaria necesaria para producir la electricidad que se consuma en el Estado miembro de que se trate».

Amparándose en estas directivas, la Ley del Sector Eléctrico incorporó un sistema de incentivos al consumo de carbón autóctono desde 1998 hasta el 31 de

diciembre de 2006 (1 PTA/kWh) que formaba parte de los CTC (costes de transición a la competencia), y que, tras ser notificado como ayuda de Estado, fue aprobado por la Comisión Europea a través de su decisión de 25 de julio de 2001, aprobación extensiva hasta 2006. Este incentivo permitía a las compañías eléctricas que la producción con carbón nacional pudiera competir en el mercado mayorista con la de carbón importado.

En la nueva redacción de la Ley del Sector Eléctrico dada por la Ley 17/2007, se incluyen disposiciones que amparan la introducción de procedimientos e incentivos que fomenten el funcionamiento de unidades de producción de energía eléctrica que utilicen energía primaria autóctona, siempre en línea con las directivas mencionadas.³²

El Real Decreto Ley 7/2006, por el que se adoptan medidas urgentes en el sector energético, suprime formalmente el mecanismo de los CTC tecnológicos al considerar que «se trata de un mecanismo innecesario y distorsionador», pero reconoce de forma expresa la necesidad de preservar el régimen de incentivo al consumo del carbón autóctono. De hecho incorpora una disposición adicional en la que establece:

Asimismo, el Gobierno, de acuerdo con lo establecido en los artículos 3 y 11 de la Directiva 2003/54/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad, por motivos de seguridad de suministro, podrá aprobar un sistema de primas hasta un límite máximo de 10 euros por MWh producido, que permita la entrada preferente en funcionamiento de las instalaciones generadoras que utilicen fuentes de energía primaria autóctonas.

Estas primas se considerarán costes permanentes de funcionamiento del sistema a efectos de lo previsto en el artículo 16.5 de la [LSE] y se incluirán como tales para el cálculo de la tarifa eléctrica media.

En virtud de lo dispuesto por el RDL 7/2006, en las Órdenes de tarifas de 2007 y 2008 se previeron unas cantidades en concepto de incentivo provisional al consumo de carbón autóctono de 79,8 y 93,1 M€, respectivamente. Estas canti-

32. El artículo 25 de la Ley 54/97 dispone que el «El Gobierno podrá establecer los procedimientos, compatibles con el mercado de libre competencia en producción, para conseguir el funcionamiento de aquellas unidades de producción de energía eléctrica que utilicen fuentes de combustión de energía primaria autóctonas, hasta un límite del 15 % de la cantidad total de energía primaria necesaria para producir la electricidad demandada por el mercado nacional, considerada en periodos anuales, adoptando las medidas necesarias dirigidas a evitar la alteración del precio de mercado».

- En la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 54/97 se establece que «El Gobierno podrá establecer los incentivos necesarios para conseguir que los titulares de instalaciones de producción de energía eléctrica consuman carbón autóctono en cantidades que cubran las fijadas anualmente como objetivo por el Ministerio de Industria y Energía. Este objetivo respetará, en todo caso, a partir del año 2004, el límite a que se refiere el artículo 25.1 de la presente Ley. Dichos incentivos incorporarán, en su caso, una prima máxima promedio equivalente a una peseta por kWh para aquellos grupos de producción y en la medida que hayan efectivamente consumido carbón autóctono y por la cuantía equivalente a su consumo únicamente de carbón autóctono».

dades formaron parte de los costes de la tarifa de acceso y fueron pagadas por los consumidores, depositándose en las cuentas correspondientes de la CNE, a la espera de que el ministerio fijase el criterio de reparto de esas cantidades entre los titulares de las centrales de carbón autóctono. Dado que la aprobación por la Comisión Europea del esquema inicial de ayudas al carbón sólo era válida hasta el final de 2006, se hacía necesario, antes de empezar a utilizar estas cantidades, la oportuna notificación a Bruselas. Esta notificación fue presentada por el Ministerio de Industria en julio de 2007. Tras diversas peticiones de información adicional por parte de la Comisión Europea, y ante el riesgo de un rechazo por parte de ésta, el Ministerio retiró la notificación a finales de 2008, por lo que, a fecha de hoy, las primas están sin aprobar y no pueden liquidarse a los generadores.

No se conoce el contenido de la notificación que presentó el Ministerio de Industria, ni las razones de que existieran dudas respecto a la aprobación por la Comisión Europea de una medida muy similar a la que ya había sido autorizada en 2001. No obstante, la notificación se retiró antes de que Bruselas se pronunciara, y la Orden de tarifas de 2010 saldó las cuentas con las cantidades consignadas en 2007 y 2008 (en 2009 no se previó cantidad alguna en concepto de incentivos al consumo de carbón autóctono), destinando el saldo a la reducción del déficit de 2009.

Las centrales de carbón nacional siguieron funcionando durante 2007 y 2008, en parte por las expectativas que tenían las empresas eléctricas propietarias de acabar cobrando las ayudas que contemplaba la legislación española. Los niveles de precios del mercado durante 2009 (así como la certidumbre de que las ayudas esperadas no iban a ser notificadas a Bruselas) supusieron una drástica reducción de la producción con estas centrales y Endesa y Unión Fenosa anunciaron, a mediados de 2009, que suspendían las compras de carbón autóctono puesto que los stocks acumulados saturaban los parques de sus centrales.

No puede olvidarse que las ayudas destinadas al carbón nacional a través de las empresas eléctricas son complementarias de las que reciben directamente las empresas mineras. En paralelo con los trámites descritos, el Ministerio de Industria, los sindicatos y la patronal de las empresas mineras (Carbunión) firmaron en marzo de 2006 el Plan Nacional de Reserva Estratégica de Carbón 2006 – 2012 (Plan de la Minería). En este plan se establecen una serie de ayudas a los productores, a la construcción de infraestructuras y ayudas a las comarcas a cambio del establecimiento de una reducción progresiva de la producción de carbón. Estas ayudas fueron aprobadas por la Comisión Europea el 14 de julio de 2009.

8.2. LOS REALES DECRETOS 134/2010 Y 1221/2010

El mecanismo de apoyo al carbón nacional se definió inicialmente en el Real Decreto 134/2010, que posteriormente fue modificado por el Real Decreto 1221/2010. El objetivo de estos reales decretos es garantizar un nivel de consumo

de carbón autóctono similar al establecido en el Plan de la Minería. Ello se justifica atendiendo a razones de seguridad de suministro, indicando que estas centrales son necesarias (entre otras cosas, para dar respaldo a la producción renovable, que no proporciona potencia firme) y que el mercado no puede asegurar su viabilidad.

Los reales decretos afectan a diez centrales térmicas, con una potencia total de casi 4.700 MW, pertenecientes a todas las grandes compañías generadoras.

Si bien el Plan de la Minería expira en 2012, los reales decretos se extienden hasta 2014, con el fin de poder incluir la producción correspondiente al stock de carbón autóctono en el almacenamiento estratégico.³³

Los reales decretos establecen el siguiente procedimiento para asegurar el consumo de carbón nacional:

- REE realizará una planificación anual que garantice que estas centrales consumirán las cantidades establecidas en una resolución al efecto de la Secretaría de Estado de Energía.
- Tras establecerse el programa resultante del mercado diario y la contratación bilateral, y previamente a la modificación de los programas para resolver las restricciones técnicas, el operador del sistema procederá a agregar el programa de los grupos de carbón autóctono necesario para cumplir con la planificación anual citada.
- En este momento el programa estará desequilibrado, puesto que habrá un excedente de generación debido a la agregación de la producción con carbón autóctono. Por lo tanto, el siguiente paso que debe dar el operador del sistema es reequilibrar la generación y la demanda y ello exigirá la reducción del programa de unidades de generación.
- El criterio para reducir el programa de las unidades de producción es seguir un orden descendente en las emisiones de CO₂, de forma que las centrales de carbón importado que puedan haber casado en el mercado diario serán las primeras en ser retiradas. Si fuese necesario reducir el programa a los ciclos combinados, esta reducción se realizará a prorrata (según la versión final, correspondiente al Real Decreto 1221; en la versión inicial, introducida por el Real Decreto 134, los ciclos combinados a desplazar eran seleccionados por un mecanismo de subasta).
- Las centrales de carbón nacional que se despachan según este mecanismo serán retribuidas mediante un precio regulado, que contemplará sus costes de funcionamiento (incluido el de compra de derechos de emisión), así como la amortización y retribución del capital, según un esquema típico de

33. Para paliar el problema de la interrupción de las compras por parte de Endesa y Unión Fenosa en el corto plazo, en julio de 2009 el Gobierno aprobó un esquema de almacenamiento estratégico de carbón autóctono, en virtud del cual HUNOSA, empresa estatal de producción de carbón, empezó a realizar compras de carbón a las minas afectadas por esta situación. Este mecanismo fue prorrogado en el verano de 2010.

remuneración de actividades reguladas que será auditado por la CNE. Se obliga a las empresas titulares de las centrales de carbón autóctono a llevar en su contabilidad cuentas separadas que diferencien entre los ingresos y costes imputables estrictamente a la generación de estas centrales en el plan de funcionamiento actualizado para la resolución de restricciones por garantía de suministro.

- El Real Decreto 134 reconocía un derecho de cobro en concepto de lucro cesante para las centrales de carbón importado desplazadas para «hacer sitio» al carbón nacional equivalente al valor de la energía desplazada por la diferencia entre el precio horario del mercado diario y un precio de referencia del combustible y del CO₂. Adicionalmente se reconocía el coste de la penalización por incumplimiento de contrato que pudieran experimentar los titulares de las centrales de carbón importado que tengan suscritos contratos a largo plazo de suministro de combustible como consecuencia de la reducción de actividad.
- El Real Decreto 134 también establecía una compensación a los ciclos combinados, igual al precio resultante del proceso de subasta restringida a centrales de esta tecnología que se celebrarían mensualmente con dos meses de antelación. En el precio de esta subasta los oferentes internalizarían todos los costes incurridos como consecuencia de la reducción de programa (lucro cesante, daños emergentes y penalizaciones por ejecución de cláusulas *take or pay* en los contratos de suministros de gas).
- No obstante, la principal modificación introducida por el Real Decreto 1221 fue la eliminación de estas compensaciones. En el mecanismo finalmente aprobado, las centrales desplazadas no reciben ningún pago por haber perdido el derecho a vender su producción. El Ministerio argumentó (y así consta en la exposición de motivos del segundo real decreto) que la eliminación de estas compensaciones fue una exigencia que la Comisión Europea formuló durante el proceso de notificación: «es necesario introducir mejoras en el mecanismo propuesto, debido, fundamentalmente a la incompatibilidad con el marco normativo comunitario de la compensación de las unidades retiradas e incluidas en un primer momento en el programa. Por ello, en este real decreto se eliminan aquellos aspectos del texto relativos a la compensación de las unidades retiradas, adaptando el resto de los preceptos a las nuevas condiciones.»

8.3. VALORACIÓN DE LA CNE Y LA CNC

La CNE se ha pronunciado sobre las dos propuestas que dieron lugar a los Reales Decretos 134 y 1221. En su primer informe, la CNE advierte de diversas implicaciones sobre el mercado mayorista:

- En el ámbito del MIBEL señala que el diseño del mecanismo puede propiciar comportamientos estratégicos de los agentes de un lado de la interconexión dado que el mecanismo es asimétrico y sólo afecta a los servicios de ajuste del sistema español.
- El modelo de funcionamiento actual del mercado se ve alterado significativamente, pudiendo provocar un impacto en el resultado de los distintos mercados y mecanismos de ajuste, con respecto a la situación actual.
- La medida supone que las centrales de carbón importado dejarán de ser despachadas, y también los ciclos combinados se verán afectados en mayor o menor medida en función de la evolución de la demanda.
- Fuerte afección en los mercados gasistas por la reducción de la demanda de gas destinada a los ciclos combinados.
- El cálculo de las compensaciones económicas (previstas en el Real Decreto 134) derivadas de la existencia de contratos *take or pay* puede ser inviable.
- Impacto en el mercado minorista por cuanto los compradores de energía en el mercado financiarán parte del coste de la medida.

La CNE propuso una serie de mejoras que incluían la reducción de las producciones previstas con carbón nacional, y estimó que el coste de la propuesta rondaría los 800 millones de euros anuales, incluyendo el sobrecoste de la producción con carbón autóctono y la compensación a las centrales desplazadas.

El informe incluía mecanismos alternativos, como otorgar una prima a las centrales que consuman carbón autóctono de forma que resulten competitivas (esquema similar al existente hasta 2006) o la instrumentación de un sistema retributivo complementario al precio de mercado a través de pagos de garantía de potencia.

En su segundo informe, de forma mucho más taxativa que en el informe anterior, la CNE considera inadecuado el procedimiento elegido para resolver el problema objeto de la propuesta y reitera la necesidad de revisar con urgencia el sistema de pagos por capacidad. Otros aspectos que señala el regulador energético son los siguientes:

- Introduce incentivos a los agentes que podrían afectar el precio del mercado diario.
- Supone la parada absoluta de las centrales de carbón importado.
- Introduce asimetría en el tratamiento de las restricciones técnicas y el nuevo mecanismo por cuanto el orden de mérito en el primer caso responde a criterios de mercado y en el segundo al nivel de emisiones.
- Desincentiva la eficiencia en la adquisición del carbón autóctono.

La CNC también se ha pronunciado sobre las dos propuestas de Real Decreto en sendos informes, con una valoración muy negativa de ambos.

En su primer informe, la CNC afirmaba que el mecanismo propuesto introduciría graves distorsiones en la toma de decisiones de los agentes económicos y en

los mecanismos de organización de los mercados eléctricos en España, de forma injustificada y desproporcionada al objetivo manifestado de garantizar el suministro de energía eléctrica.

En este informe la CNC resalta los efectos de la medida desde el punto de vista de defensa de la competencia, que se resumen en los siguientes:

- Distorsión de la formación de precios del mercado, puesto que la medida supone sustituir un carbón más barato (el importado) por otro más caro (el nacional).
- Distorsión de los costes del sistema, ya que se impide a las centrales a las que se reducirá el programa participar en los mercados intradiarios salvo para mantener sus mínimos técnicos. Esta medida impediría optimizar los costes de operación de estas centrales, dado que los costes medios son decrecientes.
- Distorsión de las señales de inversión e incentivación del comportamiento estratégico de los agentes, derivadas de la introducción de un mayor grado de incertidumbre regulatoria.

A juicio de la autoridad de competencia, la justificación de la medida (asegurar la garantía de suministro) no puede sostenerse en el actual contexto de crisis económica y su repercusión en la demanda eléctrica, especialmente considerando la sobrecapacidad del parque generador del sistema español. Considera que existen otras tecnologías capaces de proporcionar una producción gestionable. Concluye el informe de la CNC subrayando el daño desproporcionado que la medida inflige sobre la eficiencia de los mercados afectados y sobre el consumidor, así como la extralimitación que se realiza del artículo de la Ley del Sector Eléctrico que sirve de sustento a este desarrollo reglamentario.

En su segundo informe, ratifica plenamente las principales conclusiones del informe anterior: distorsión en el mercado de generación eléctrica, insuficiente justificación y posibilidad de que constituya una ayuda de Estado al carbón nacional. Las conclusiones son las siguientes:

- Las modificaciones incorporadas no sólo no solucionan, sino que agravan las fuertes distorsiones del mercado de generación eléctrica que conlleva la interferencia de la medida en los resultados de la casación en el mercado diario. Ello debido a la pérdida de eficiencia para el sistema en su conjunto, y al incentivo a compensar esas pérdidas de eficiencia con mayores precios en el mercado diario.
- La eliminación de las compensaciones por lucro cesante no evita un recargo en el coste del sistema para los consumidores.
- El resultado de la notificación a la Comisión Europea no altera el efecto negativo del procedimiento de resolución de restricciones por garantía de suministro sobre la eficiencia y competencia en los mercados.

8.4. CONCLUSIONES SOBRE EL APOYO AL CARBÓN NACIONAL

El trámite de la normativa de ayuda al carbón ha sido uno de los temas más controvertidos de la regulación eléctrica en 2009 y 2010. Se han mezclado consideraciones de tipo social y político con otras relacionadas con la seguridad de suministro y el funcionamiento del mercado eléctrico. La medida supone forzar un volumen de producción muy importante (que puede sobrepasar los 23 TWh/año, sobre una demanda total de aproximadamente 250 TWh/año) en un mercado ya muy tensionado por el crecimiento de la producción renovable, los contratos *take or pay* de gas, las insuficientes interconexiones con Francia, etc. Es evidente que, aunque el mecanismo establecido en los reales decretos trata de minimizar el impacto en el mercado, éste se va a producir, y va a ser muy significativo.

Las empresas afectadas han contestado estas propuestas, en los respectivos trámites de audiencia, tanto ante las autoridades españolas como las de la Unión Europea (que han debido aprobar las medidas propuestas, por tratarse de una ayuda de Estado) y ante los tribunales de justicia.

Se ha cuestionado el verdadero impacto de esta normativa en la seguridad de suministro, por cuanto asegura la viabilidad de una potencia importante de centrales térmicas, pero prácticamente condena al cierre a un volumen similar de centrales de carbón importado, más modernas y con atractivos contratos de importación de carbón, más competitivo y de menor impacto ambiental que el nacional.

Se ha dicho que promover el carbón nacional es contradictorio con los objetivos de renovables y de lucha contra el cambio climático.

Y se ha argumentado que esta medida tiene un carácter expropiatorio (se priva a una serie de centrales, principalmente de carbón importado) de vender su energía en el mercado, sin establecer ninguna compensación.

Y no se trata sólo de la opinión de las empresas afectadas: tanto la CNE como la CNC (especialmente esta última) han sido muy duras con las sucesivas propuestas, y han cuestionado todos los argumentos del Gobierno.

9. LOS DENOMINADOS *WINDFALL PROFITS*

Cuando el debate sobre el carbón nacional empezaba a amainar, ha vuelto a la actualidad eléctrica la discusión sobre los denominados *windfall profits* o beneficios caídos del cielo, un tema donde se mezclan regulación y competencia.

Durante 2010 se han leído en la prensa cosas como «El gran negocio privado con el agua de todos», con el que las eléctricas «ganan mil millones» (El País, 10 de septiembre de 2010), «La luz es 5.000 millones más cara – los beneficios hinchados de la energía nuclear e hidráulica, las primas a las renovables y las ayudas al carbón encarecen casi un 15 % la factura eléctrica» (El País, 6 de junio de 2010), que no son sino repeticiones de un «mantra» ya tradicional: «El regalo de 4.400 millones

que, según calcula la CNE, reciben la producción hidráulica y nuclear gracias a la actual regulación, preocupa al Gobierno» (*Cinco Días*, 28 de mayo de 2008).

Este debate bebe fundamentalmente de una fuente aparentemente sólida. El «Informe complementario a la propuesta de revisión de la tarifa eléctrica a partir del 1 de julio de 2008 – Precios y costes de la generación de electricidad», aprobado por la Comisión Nacional de Energía el 20 de mayo de 2008. Este informe ha sido citado posteriormente por periodistas y columnistas ocasionales, que se citan a su vez unos a otros, creando un aparente «clamor» sobre este asunto. Y lo más citado del documento es su cuantificación de los *windfall profits* o beneficios caídos del cielo de las centrales hidráulicas y nucleares en un rango entre 2.200 y 4.400 millones de euros anuales.³⁴ Para hacerse una idea de la enormidad de esta cifra, puede recordarse que el total de los ingresos (no del margen) de la hidráulica y nuclear en España en 2009 fue de 3.643 millones de euros, y el resultado después de impuestos de toda la generación de régimen ordinario en el mismo año no ha llegado a 2.600 millones de euros.

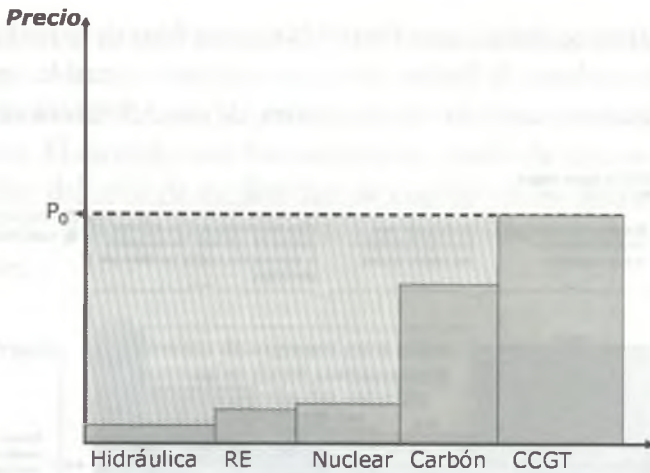
Pero ¿qué son los llamados *windfall profits*? A menudo bajo este término se mezclan dos conceptos diferentes (y la confusión quizá no es desinteresada).

9.1. LOS WINDFALL PROFITS Y EL MERCADO MARGINALISTA

Hay quien llama *windfall profits* al margen que en un mercado marginalista (valga la redundancia) obtienen las tecnologías de costes variables más bajos al recibir el mismo precio de mercado. En efecto, si representamos gráficamente los costes variables de las diferentes tecnologías de generación, obtenemos la gráfica siguiente. Existen centrales (los ejemplos más claros son las eólicas e hidráulicas) que tienen costes variables muy reducidos pero costes fijos importantes (curiosamente, suele meterse en este mismo grupo a las centrales nucleares, a pesar de que sus costes variables son bastante significativos, aunque no lleguen al nivel de las térmicas), mientras que otras centrales (las de carbón y, especialmente, los ciclos combinados), tienen costes fijos menores, pero costes variables comparativamente más altos.

Al existir un precio de mercado (el P_0 que aparece en la figura) al que venden todos los generadores (no olvidemos que todos los kWh son iguales, y son indistinguibles cuando son inyectados en la red), los de menores costes variables parecen obtener un mayor margen. Cualquier factor que incremente ese precio (por ejemplo, un aumento del precio del gas natural) incrementa el margen de estas centrales.

34. Esta cifra es el margen, obtenido como la diferencia entre ingresos de mercado y costes estimados. Cabe señalar que el precio de mercado que utiliza la CNE para hacer esta estimación está basado en el precio *forward* del tercer trimestre de 2008, que ha sido el segundo trimestre más caro de la historia del mercado español (con cotizaciones medias de 64 €/MWh, frente a los poco más de 45 €/MWh a los que cotiza ahora el año 2011, después de una subida en los últimos meses, tras haber vivido trimestres con precios por debajo de 40 €/MWh).



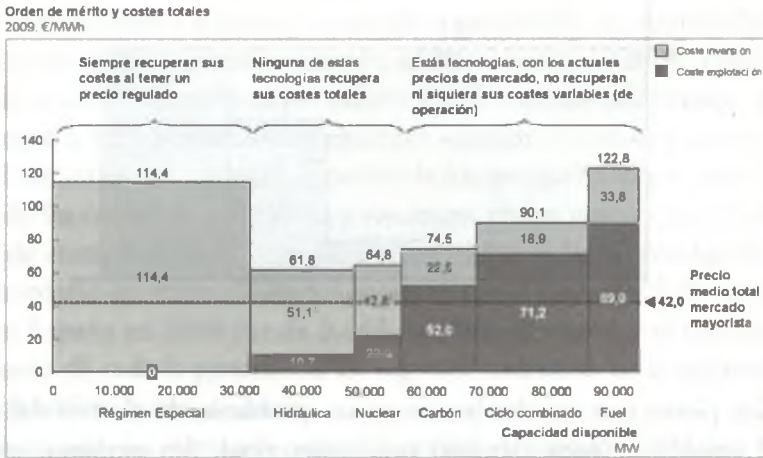
Hay quien piensa que este fenómeno es un «problema de diseño» del mercado eléctrico, el «maldito» (para algunos) precio marginal. Sin embargo, esa visión olvida dos elementos muy importantes:

1. **Todos los mercados son marginales.** Cualquiera que haya comprado o vendido una vivienda, sabe que el precio de mercado viene dado por la última compra-venta que se haya realizado. Nadie estaría dispuesto a vender el piso que heredó de su difunta abuela al precio que ella pagó hace sesenta años. Y probablemente nadie tiene esperanzas ahora de vender el piso que compró en la cumbre de la burbuja inmobiliaria al mismo precio que pagó en 2005.

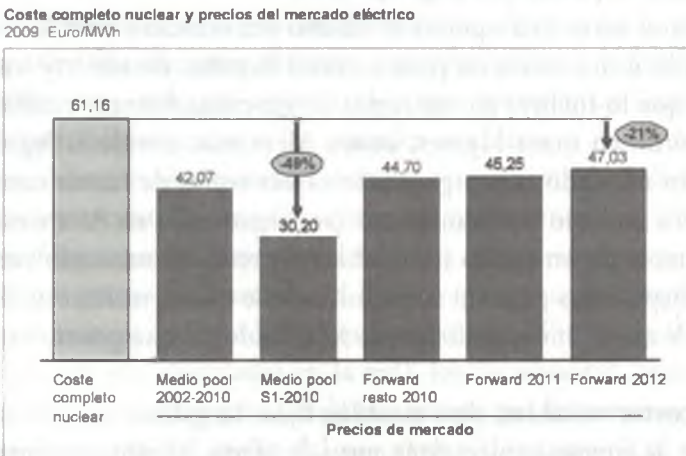
El marginalismo no es una opción de diseño del mercado eléctrico. Existe un precio de mercado único tanto en países, como España, donde hay un mercado *spot* organizado que lo incluye en sus reglas de funcionamiento, establecidas por la legislación, como en otros lugares, como Alemania, donde la legislación no introduce ningún mercado *spot* organizado ni sus reglas de funcionamiento (de hecho, hace pocos años no había mercado *spot* organizado en Alemania). Ello es consecuencia directa de un hecho indudable: el precio de mercado vendrá dado por lo que está dispuesto a pagar el consumidor que quiere utilizar un MWh más de electricidad. Y eso es independiente de la tecnología que genere ese MWh.

2. **No sólo hay costes variables, sino también fijos.** La gráfica que hemos presentado anteriormente, la famosa escalera de la curva de oferta, ha sido una forma posiblemente desafortunada de representar el mercado eléctrico. Si representamos los costes fijos (que principalmente se deben a la necesidad de amortizar las inversiones y retribuir los capitales invertidos), la «escalera» cambia sustancialmente. La realidad se parece más a la figura siguiente. Este «detalle» es frecuentemente ignorado. Se escucha con frecuencia que las centrales hidráulicas y nucleares ya están completamente amortizadas (por lo que no tendrían inversión que amortizar ni capitales que retribuir y,

por lo tanto, casi no tendrían costes fijos).³⁵ Nada más lejos de la realidad. Por ejemplo, las centrales nucleares de Endesa tienen un valor neto contable, según consta en los libros, debidamente auditados, de la empresa, de casi 3.000 millones de euros.



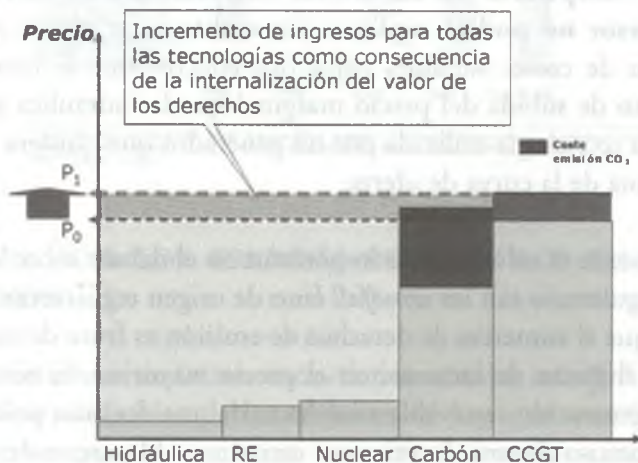
UNESA calcula los costes totales de las centrales nucleares españolas en 2009 en 61,16 €/MWh. La cifra de Endesa, basada en su información contable auditada, asciende a 59,55 €/MWh. Una parte apreciable de esos costes totales corresponde a la amortización y retribución de la inversión. La figura siguiente compara estos valores de costes con distintos valores de precio de mercado, y da una idea muy aproximada de cuáles son realmente los *windfall profits*.



35. Para enfatizar esto se ha llegado a decir que las centrales hidráulicas fueron construidas «en la época de Franco» o incluso se ha llegado a decir en el Congreso de los Diputados que durante la Dictadura de Primo de Rivera. La realidad es que el 55 % de la capacidad hidráulica española se ha construido después de 1970. La central de Villarino, la mayor de España, data de 1977, y está muy lejos de estar amortizada.

9.2. LOS *WINDFALL PROFITS* Y LAS DECISIONES REGULATORIAS

Sí tiene sentido hablar de *windfall profits* cuando éstos son el resultado de decisiones regulatorias. El ejemplo más frecuentemente citado de esto es el efecto de la «internalización» del valor de los derechos de emisión en las ofertas de los generadores al mercado, y por lo tanto en el precio mayorista, que se representa en la figura siguiente.



La introducción del comercio de derechos de emisión supuso que las centrales térmicas debieran contar con un nuevo *input* para su producción. El precio de los derechos se convirtió en algo tan relevante como el precio del combustible. Ante ese incremento de los costes marginales, el precio de mercado se incrementó, pasando, como muestra la figura, de P_0 a P_1 . Y eso supuso un incremento de márgenes para toda la generación que no emitía CO₂: hidráulica, nuclear y eólica. Curiosamente, al hablar de *windfall profits* siempre se menciona a las dos primeras tecnologías, pero no a la eólica.

Este efecto del comercio de derechos de emisión no es un «error de diseño», sino que es una consecuencia fundamental de su introducción, buscada por los diseñadores de este mecanismo. Se trataba de incrementar el precio de la electricidad para que éste recogiera el impacto ambiental, y para fomentar la eficiencia energética y la inversión en tecnologías no emisoras. No obstante, suelen cuestionarse dos elementos relacionados:

- **El hecho de que las centrales térmicas recibieran gratuitamente parte de los derechos que necesitaban.** Estas centrales seguían incorporando en sus ofertas el precio de los derechos de emisión, como predice la teoría económica, dado que esos derechos tienen un coste de oportunidad al poderse vender en el mercado. Sin embargo, sin entrar a discutir si tuvo o no sentido esta asignación gratuita de derechos a los generadores, hay que recordar que en España se introdujo un mecanismo de minoración que

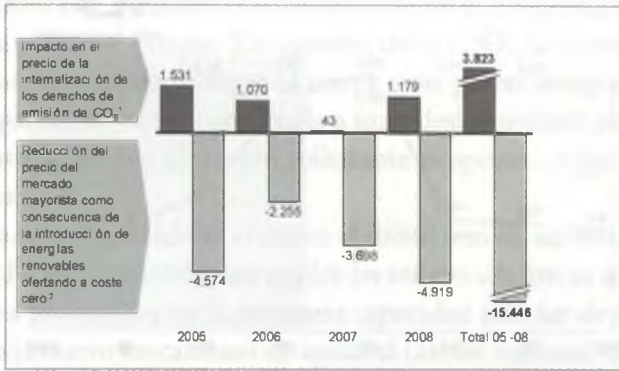
detrajo de los ingresos de todos los generadores el efecto de la subida de precios mayoristas derivada del CO₂ en los años 2006-2009; posteriormente esta medida fue sustituida por la contribución de los generadores a financiar el denominado «bono social» y otros compromisos con la Administración y, a partir de 2013, ya no habrá asignación gratuita. También merece la pena señalar que los generadores españoles han sido los que proporcionalmente han recibido menos derechos gratuitos de toda la Unión Europea.

- **El carácter «irrepetible» de los activos hidráulicos y nucleares, que un nuevo inversor no podría replicar.** Sin embargo, se olvida que existen otros activos de costes variables bajos (los eólicos) que se benefician del mismo efecto de subida del precio marginal que la hidráulica y nuclear y que serían la tecnología utilizada por un generador que quisiera situarse en la misma zona de la curva de oferta.

Pero probablemente el «olvido» más importante en el debate sobre los *windfall profits* de origen regulatorio son las *windfall losses* de origen regulatorio. En efecto, del mismo modo que el comercio de derechos de emisión es fruto de una decisión política que tiene el efecto de incrementar el precio mayorista, la entrada de un gran volumen de generación renovable es el fruto de una decisión política que se concreta en un generoso sistema de primas e incentivos. El parque de generación renovable existente es indudablemente superior al que existiría si no existieran esas primas e incentivos. Y este hecho tiene un efecto de reducción del precio mayorista, al aumentar el volumen de producción que se oferta a precios muy bajos o nulos.

Esta bajada de precios motiva unas *windfall losses* de origen regulatorio para la generación, que ha sido cuantificada por Deloitte por encargo de la Asociación de Productores de Energías Renovables, APPA. La figura siguiente compara estas *windfall losses* con los *windfall profits* derivados del comercio de derechos de emisión (calculados de acuerdo con la metodología de los Reales Decretos Ley 3/2006 y 11/2007, que establecieron la detracción de estos ingresos a los generadores. Sin embargo, no ha habido reales decretos similares que compensen esas *windfall losses*.

Impacto de los supuestos "windfall profits" y "windfall losses" 2005-2008. Millones de Euros

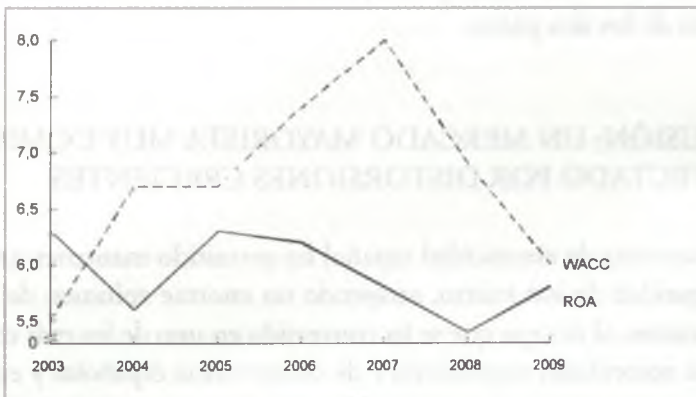


1 Datos 2006-2008: RDL 3/2006 y RDL 11/2007. El dato de 2005 es una estimación realizada con la misma metodología la utilizada para el periodo 2006-2008.
 2 Datos publicados por la Asociación de Productores de Energías Renovables (APPA) y auditados por Deloitte.
 FUENTE: Elaboración propia

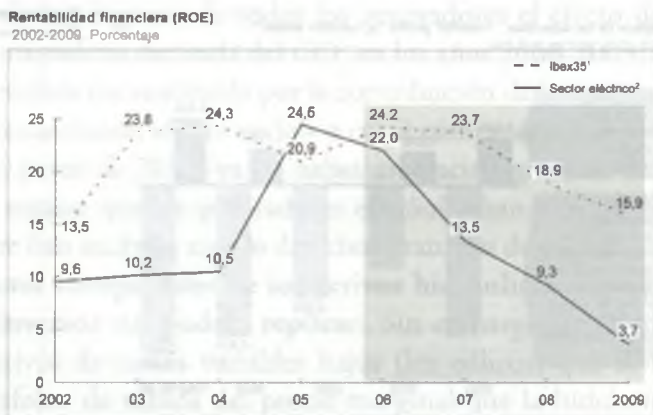
9.3. CONCLUSIÓN: LOS WINDFALL PROFITS Y LOS BENEFICIOS DE LAS EMPRESAS

La prueba definitiva de la existencia de los temidos *windfall profits* serían unos beneficios extraordinarios de las empresas. Y hay que recordar que «beneficios extraordinarios» no es lo mismo que una «cifra de beneficios grande». Las eléctricas tienen beneficios aparentemente grandes porque sus inversiones y su facturación son muy importantes. Pero son las medidas de rentabilidad las que pueden indicar si esos beneficios son o no excesivos.

La primera de las figuras siguientes compara el ROA (rentabilidad sobre activos) con el WACC (coste del capital). La segunda compara el ROE (retorno sobre los capitales invertidos) de las empresas eléctricas con el del Ibex 35 (excluidas las empresas eléctricas y los bancos).



NOTA: El ROA se ha calculado como el cociente entre el beneficio neto después de impuestos y el activo total, ambas magnitudes referidas a día 31 de diciembre de las actividades de generación y comercialización.
 FUENTE: UNESA



1 La medida del IBEX35 no incluye a los bancos ni a las empresas eléctricas analizadas

2 Endesa, Iberdrola, Iberdrola Renovables, Unión Fenosa

Probablemente, el debate sobre los *windfall profits* tiene mucho recorrido por delante. Recientemente se ha combinado con la discusión sobre la extensión de vida de las centrales nucleares, que constituiría otro ejemplo de decisión regulatoria que arroja unos «beneficios caídos del cielo» a los titulares de unas instalaciones que se encuentran, de pronto, con diez o veinte años más de vida. Se habla mucho de la solución alemana, en la que se propone imponer unos pagos a las centrales generadoras alemanas a cambio de una extensión de vida de los reactores próximos a cerrar, a modo de adelanto a cuenta de los beneficios futuros.

Una discusión de este asunto escapa a los objetivos de este capítulo. No obstante, no terminaremos sin recordar tres diferencias muy importantes entre el caso alemán y el español: la significativa diferencia que existe entre los precios mayoristas de un país y otro, la cercanía de las centrales nucleares alemanas a su cierre (no es lo mismo «adelantar» unos beneficios futuros desde 2013 o 2014 hasta 2011, que hacerlo desde 2022 o 2024), y la enorme diferencia entre el nivel de estabilidad regulatoria de los dos países.

10. CONCLUSIÓN: UN MERCADO MAYORISTA MUY COMPETITIVO, PERO AFECTADO POR DISTORSIONES CRECIENTES

El mercado mayorista de electricidad español ha permitido mantener un nivel muy elevado de seguridad de suministro, atrayendo un enorme volumen de inversión y de nuevos entrantes, al tiempo que se ha convertido en uno de los más competitivos de Europa. Las autoridades regulatorias y de competencia españolas y europeas dan fe de ello: todos los índices de competencia que éstas calculan han evolucionado favorablemente de forma muy notable, y no ha habido ninguna actuación sobre comportamientos anticompetitivos en los mercados mayoristas, con la única excepción del mercado de restricciones técnicas. Y no podemos olvidar la minúscula relevancia de éste en comparación con el resto de la actividad eléctrica.

El mensaje más importante que nos dan la CNE y la CNC sobre el grado de competencia en este mercado es su evaluación de la propuesta de concentración de Gas Natural y Unión Fenosa. En opinión de la CNE, la fusión de estas dos grandes empresas, que ha dado lugar al tercer gran grupo integrado de energía en el mercado español, debía ser supeditada a unas desinversiones mínimas, de sólo 400 MW, menos que lo que el propio solicitante proponía. ¿Qué mejor indicador de competencia?

No obstante, el mercado se enfrenta al difícil reto de acomodar un enorme volumen de producción renovable sin perder las señales del precio mayorista y sin poner en peligro las inversiones en la necesaria capacidad térmica de respaldo. Y a distorsiones como el nuevo mecanismo de ayuda al carbón nacional, que va a suponer que otro volumen de energía muy importante quede excluida del mercado.

Se necesita un debate regulatorio amplio y sereno para introducir las mejoras necesarias para que el mercado siga funcionando hasta más allá de 2020. Probablemente no serán necesarios cambios revolucionarios, pero sí ajustes decididos. Y no resulta de mucha ayuda una controversia artificial sobre unos supuestos *windfall profits*.

Empiezan a ser frecuentes en los últimos años intervenciones regulatorias en el mercado que responden a la necesidad acuciante, por parte de la Administración, de atajar el desbocado déficit tarifario del sector eléctrico y que relegan a un plano secundario la minimización de las distorsiones en el mercado y el mantenimiento de un entorno regulatorio que favorezca la competencia.

de la producción renovable como mecanismo de respaldo desde una perspectiva económicamente prudente, con posibilidad del acceso de algunos sectores de actividad económica que realicen inversiones con el sistema eléctrico del primer mundo.

Del mismo modo, está necesario intervenir, al menos de forma puntual, en el ámbito de los costes de acceso al sistema eléctrico para que se determine desde un enfoque de productividad, por parte de las diversas empresas que operan en el sistema, estándares mínimos para el acceso al sistema eléctrico, en especial frente a las dificultades de la legislación eléctrica en relación con la ley de materias primas, que el sistema, como dentro del ámbito de aplicación de la legislación de competencia.

Por último, desde una perspectiva metodológica, se ha acentuado más que las dedicadas a la oferta sin abuso de posición dominante en el mercado, y, por otro lado, en otra parte, una primera dedicada al estudio de cómo se comporta el mercado y, según dicho, las distorsiones generadas en el mismo, así como a qué medidas de regulación impuso la legislación eléctrica con los cambios de la legislación, existiendo desde el inicio del Mercado de Electricidad los principales riesgos del abuso de posición dominante y, en particular, el relacionado

DERECHO DE LA COMPETENCIA Y REGULACIÓN EN EL MERCADO ELÉCTRICO: EL PROBLEMA DE LAS RESTRICCIONES TÉCNICAS

JAVIER GUILLÉN CARAMÉS

Profesor titular de Derecho Administrativo

Universidad Rey Juan Carlos

1. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo¹ se pretende abordar el estudio de la figura del abuso de posición de dominio en el mercado de generación eléctrica, especialmente derivado de la problemática conocida como *restricciones técnicas del mercado*, desde una perspectiva eminentemente jurídica, sin perjuicio del examen de algunos aspectos de índole económica que resultan esenciales para el correcto desarrollo del presente trabajo.

Del mismo modo, será necesario detenerse, si bien de forma general, en el análisis de cómo funciona el marco regulatorio del sector eléctrico donde es susceptible de producirse, por parte de las distintas empresas que operan en el mismo, conductas anticompetitivas de diversa naturaleza, en cuyo caso habrá que dilucidar si la legislación eléctrica da cobertura legal a las mismas o, si bien, por el contrario, caen dentro del ámbito de aplicación de la legislación de competencia.

Para ello, desde una perspectiva metodológica, se va a estructurar este estudio, dedicado a la figura del abuso de posición dominante en el mercado de generación eléctrica, en tres partes: una primera dedicada al estudio de cómo se organiza el mercado o, mejor dicho, los diferentes mercados de la energía eléctrica y qué medidas de regulación impone la legislación eléctrica sobre los mismos (I). A continuación, examinaré desde el prisma del Derecho de la Competencia, los principales rasgos del abuso de posición de dominio y cómo resultan de aplicación al

1. Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto de investigación «El nuevo Derecho Público de la Competencia: su incidencia en la protección de los consumidores» (SEJ 2007-62769).

sector eléctrico (II). Y, finalmente, expondré algunas de las principales resoluciones adoptadas por las autoridades de la competencia en torno al abuso de posición de dominio en el ámbito de las denominadas restricciones técnicas en el mercado de generación, así como de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo (TS) y de la Audiencia Nacional (AN) con el fin de poder poner sobre el tapete los problemas que para el Derecho de la Competencia se derivan de los mercados eléctricos.²

2. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA EN EL SECTOR ELÉCTRICO

La Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico (en adelante LSE), persigue como finalidad esencial la regulación del sistema eléctrico, teniendo sus objetivos dirigidos a garantizar el suministro eléctrico, la calidad del mismo y que, además, se realice al menor coste posible.³ A continuación se establece en su Exposición de Motivos el giro copernicano que dio la presente norma al sistema de regulación administrativa que tradicionalmente se venía desarrollando en el ámbito de la electricidad; dice así:⁴

Sin embargo, a diferencia de regulaciones anteriores, la presente Ley se asienta en el convencimiento de que garantizar el suministro eléctrico, su calidad

2. Entre otras, pueden consultarse los siguientes pronunciamientos de la CNC: Resoluciones TDC 552/02 *Empresas eléctricas*, de 7 de julio de 2004; 602/05 *Viesgo Generación*, de 28 de diciembre de 2006; 601/05 *Iberdrola Castellón*, de 8 de marzo de 2007; Resoluciones CNC 624/07 *Iberdrola*, de 14 de febrero de 2008; 625/07 *Gas Natural*, de 25 de abril de 2008, y Resolución CNC sobre propuesta de archivo de los exptes. 2600/05 *Empresas sector*, 2771/07 *Endesa*, 2772/07 *ACECA*, 2773/07 *Iberdrola*, de 28 de julio de 2008.

A su vez, los criterios jurisprudenciales seguidos por la AN y el TS pueden sistematizarse de la siguiente manera, tal y como hace la AN en su sentencia de 23 de marzo de 2010: a) En un primer grupo de sentencias no se entra en el fondo del problema, por apreciar la caducidad del expediente sancionador (Sentencias AN de 3 y 15 de noviembre de 2006 y 23 de mayo de 2007); b) ulteriormente se examina el fondo del asunto y se confirma la resolución sancionadora de la CNC (Sentencia AN de 2 de julio de 2009), y c) se cambia de criterio jurisprudencial por la AN y se anulan las resoluciones sancionadoras de la CNC en aplicación de los criterios jurisprudenciales del TS (Sentencias TS de 27 de enero de 2010 y 28 de enero de 2010).

3. La LSE ha sido objeto de diversas reformas, si bien la más destacable ha sido la llevada a cabo por la Ley 17/2007, de 4 de julio, con el fin de adaptarla a las exigencias 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. Sobre esta norma, *cf.*, *Comentarios a la Ley de Reforma del Sector Eléctrico*, CEU/Thomson-Civitas, Madrid, 2007.

4. La doctrina ya se había hecho eco de estos cambios, así por ejemplo, E. García de Enterría señalaba que el «cambio de la ordenación del sector que está a la puerta es, pues, espectacular, ninguno parecido en amplitud y trascendencia ha ocurrido, quizás, en todas su historia, desde que hace poco más de cien años empezó la explotación y la consiguiente regulación jurídica de esta fuente de energía», *vid.*, Prólogo al Libro *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, Civitas, 1988, p. 9; o, por ejemplo, como afirmara J. de la Cruz Ferrer, «La Ley del Sector Eléctrico de 1997 establece un nuevo Derecho de la electricidad: los fines que persigue la ordenación jurídica del sector se mantienen en buena medida, pero las técnicas jurídicas cambian por completo», *vid.*, *La liberalización de los servicios públicos y el Sector eléctrico. Modelos y análisis de la Ley 54/1997*, Marcial Pons, Madrid 1999, p. 344. Igualmente, *vid.*, S. Muñoz Machado, «Introducción al sector energético: regulación pública y libre competencia», en *Derecho de la regulación económica. Vol. III Sector Energético*, Iustel, Madrid 2009, p. 23 y ss.

y su coste no requiere de más intervención estatal que la que la propia regulación específica supone. No se considera necesario que el Estado se reserve para sí el ejercicio de ninguna de las actividades que integran el suministro eléctrico. Así, se abandona la noción de servicio público, tradicional en nuestro ordenamiento pese a su progresiva pérdida de trascendencia en la práctica, sustituyéndola por la expresa garantía del suministro a todos los consumidores demandantes del servicio dentro del territorio nacional.

La finalidad liberalizadora de la LSE no se limitaba a acotar de forma más severa la intervención del Estado en el sector eléctrico, sino que iba más allá, en la dirección de introducir la libre competencia en el mismo. De este modo, a través de la progresiva segmentación vertical de las diferentes actividades necesarias para lograr el suministro eléctrico se introdujeron cambios sustanciales en la regulación, introduciéndose un nuevo Derecho en este sector: el Derecho de la Competencia, con sus particularidades y sus propios mecanismos jurídicos de intervención que van a desplegar toda su fuerza en el nuevo mercado eléctrico.

Fiel reflejo de esta realidad lo constituye el apartado tercero del art. 1 de la LSE que afirma rotundamente lo siguiente:

Las actividades destinadas al suministro de energía eléctrica se ejercerán de forma coordinada bajo los principios de objetividad, transparencia y libre competencia.⁵

No obstante, a pesar de lo expresado en dicho precepto, la entrada del Derecho de la Competencia en este sector regulado no va a producirse de forma total y respecto a todas sus actividades. Por ello, de cara al desarrollo de nuestro estudio, que gira en torno al análisis de una de las conductas anticompetitivas típicas del Derecho de la Competencia como es el abuso de posición de dominio, examinado éste dentro del sector eléctrico, resulta esencial con carácter previo a su examen, determinar cuál es el contexto regulatorio en el que nos movemos en el sector eléctrico.

5. Como señala S. González-Varas, son diversos los ejemplos que a lo largo de la LSE pueden encontrarse, reflejo de estos principios, si bien para un examen sistemático puede diferenciarse un doble ámbito subjetivo: «cuándo la objetividad y la transparencia, especialmente, aunque también el respeto a la libre competencia son principios que han de presidir las decisiones de las autoridades públicas relativas a las distintas actividades eléctricas y cuando estos principios deben presidir la conducta de los agentes que ejercen las distintas actividades». Respecto al primer punto, la LSE es un fiel reflejo de la Directiva 96/62/CE, que establecía dichos principios como criterios básicos de todos los procedimientos administrativos que han de conducir a la obtención de una autorización administrativa dejando, en definitiva, poco margen a la discrecionalidad. Y, respecto al segundo ámbito subjetivo, el de los agentes, la objetividad, la transparencia y la libre competencia, han de presidir necesariamente su actuación, especialmente en un contexto en el que se predica la progresiva liberalización de este sector; *vid.*, «Artículo 2», en *Comentarios a las leyes energéticas*, Tomo I, CEU/Thomson-Civitas, Madrid 2006, p. 77 y ss.

2.1. CARACTERES DEL SECTOR ELÉCTRICO: A VUELTAS ENTRE LA REGULACIÓN Y EL MERCADO LIBRE

La LSE, como puede desprenderse de lo que se acaba de exponer, ha optado por un modelo regulatorio dentro del marco de libre competencia en el que deben desenvolverse sus distintas actividades. Dos son los puntos de tensión entonces que van a manifestarse en el desarrollo del sector eléctrico y que van a ser una constante del mismo: por un lado, la intervención regulatoria en el diseño del sistema eléctrico que deriva de las especificidades propias y características de este sector y, por el otro, la necesidad de garantizar la entrada, así como el progresivo asentamiento de la libre competencia en el sector eléctrico, lo que conllevará, igualmente, la necesidad de velar por la misma por parte de las autoridades de competencia, lo que en numerosas ocasiones producirá fricciones entre unas autoridades y otras.

De todas formas, consciente de los problemas que pueden plantearse debido a la especial estructura de este sector, la LSE distingue entre actividades competitivas de aquellas que no lo son. Así, en el art. 11 de la LSE se establece el siguiente régimen de separación de actividades distinguiendo entre las actividades libres y las reguladas:

- a) La producción de energía eléctrica se desarrolla en un régimen de libre competencia en el mercado de producción de energía eléctrica;
- b) La comercialización, igualmente, se ejercerá libremente y su régimen económico vendrá determinado por las condiciones que se pacten entre las partes;
- c) Por el contrario, la operación del sistema, el transporte y la distribución tienen carácter de actividades reguladas, cuyo régimen económico y de funcionamiento se ajustará a las previsiones de la LSE.

Esta metodología de separación de actividades tiene una segunda manifestación que afecta especialmente a la estructura empresarial del sector eléctrico. Esta modalidad de separación es una medida de fomento de la competencia por cuanto las empresas que prestan sus servicios en el mercado eléctrico se encuentran, en líneas generales, fuertemente concentradas. Pueden distinguirse tres modalidades de separación, siguiendo a J. C. HERNÁNDEZ:⁶

- a) *Separación jurídica* entre actividades reguladas y competitivas, si bien la propia LSE permite que sean ejercidas por el mismo grupo empresarial bajo personalidades jurídicas distintas;⁷

6. Vid., *Regulación y competencia en el sector eléctrico*, Thomson-Aranzadi, Pamplona 2005, p. 92 y ss.

7. Este modelo ha sido apoyado por la CNE, que ha mostrado su conformidad respecto a la unificación de las

- b) *Separación accionarial* respecto a las entidades encargadas de operar el mercado y el sistema, prohibiendo las participaciones accionariales cruzadas entre ellos, así como limitando la participación accionarial directa o indirecta de las empresas, así como del Estado;
- c) *Separación contable* para las distintas actividades que integran el sector, de tal manera que se garantiza de este modo la transparencia en el mismo.⁸

Estos elementos estructurales del mercado eléctrico van a tener una incidencia fundamental a la hora de que las autoridades de competencia, especialmente las nacionales, puedan controlar y supervisar que en este mercado se cumplen las normas relativas al Derecho de la Competencia, concretamente los art. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea (en adelante, TCE) y la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante, LDC). En las siguientes páginas vamos a abordar la estructura que define el mercado de electricidad, especialmente en lo relacionado con las actividades libres –generación y comercialización–, ya que van a ser en éstas donde el Derecho de la Competencia sea de plena aplicación a las empresas que prestan sus servicios en dichos ámbitos.

2.2. EL MERCADO DE GENERACIÓN ELÉCTRICA

La liberalización del sector eléctrico que supuso la promulgación de la LSE conllevó que la generación de energía eléctrica, obtenida mediante una explotación unificada y centralidad de las unidades de generación con la anterior regulación pasase a ser producida en un régimen de libre concurrencia donde los operadores tradicionales ofertasen sus centrales de generación al mercado mayorista de generación eléctrica, en el que, además de otro tipo de oferentes de energía eléctrica, tales como los productores en régimen especial, los importadores o los operadores de contratos bilaterales, concurriesen también los demandantes de dicha energía, tales como las distribuidoras que luego venden al consumidor final a tarifa, los comercializadores, que venden al consumidor final a un precio libremente pactado entre las partes, los exportadores y los clientes cualificados. Por lo tanto, hasta aquí se trataría de un mercado como cualquier otro en el que concurren la oferta y la

actividades liberalizadas, incluso en una misma unidad de negocio, tal y como lo estableció en su Informe 84/00 sobre el Proyecto de Concentración *Endesa/Iberdrola* de 28 de noviembre de 2000.

8. En la actualidad se plantea la necesidad de incrementar y reforzar la línea hacia la separación de actividades puesto que esta forma de separación no se ha mostrado lo eficaz que debería en la consecución de los objetivos propuestos por las autoridades comunitarias para el mercado único de la energía, ya que determinados grupos empresariales integrados verticalmente están impidiendo con su comportamiento abusivo un mayor desarrollo de la competencia en el sector eléctrico; sobre este punto, *vid.*, A. J. Sánchez Rodríguez, «La separación de actividades en la Ley 17/2007 por la que se modifica la Ley 54/1997, de 27 de diciembre, 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», en *Comentarios a la Ley de Reforma del Sector Eléctrico (Ley 17 de 2007)*, CEU-Thomson-Civitas, Madrid 2007, p. 75 y ss.

demanda y se desarrollan las correspondientes transacciones al precio resultante de la concurrencia de ambas.⁹

Sin embargo, un producto como la energía eléctrica tiene unas particularidades que demandan un tratamiento diferenciado. Al tratarse de un bien totalmente homogéneo, que debe transportarse por una red específica, que no puede almacenarse y que, por lo tanto, la producción en cada momento debe igualarse a la demanda, se requiere, a diferencia de otros productos, para el buen funcionamiento de este mercado, un sistema más complejo de organización de la oferta y la demanda.¹⁰ La repercusión que tiene una interrupción, aunque sea mínima, de suministro de energía eléctrica tiene unas consecuencias de mayor gravedad que una interrupción del suministro de gas natural, del que pueden existir reservas almacenadas para garantizar el suministro. En consecuencia, toda la oferta y la demanda de energía deben concurrir, para su correcta gestión, en un mismo espacio virtual, que es el del operador del mercado y el operador del sistema. Operadores que desarrollan las funciones necesarias para que ese mercado virtual permita la viabilidad y materialización física de los resultados del mismo.

De este modo, el mercado español de electricidad es un mercado regulado y organizado, en el que vendedores y compradores no realizan sus transacciones recíprocas de forma directa, sino a través del sistema institucional previsto, tal y como lo recoge el art. 23.1 de la LSE que dispone:

Los productores de energía eléctrica efectuarán ofertas económicas de venta de energía, a través del operador del mercado, por cada una de las unidades de producción de las que sean titulares, bien físicas o en cartera, cuando no se hayan acogido a sistemas de contratación bilateral o a plazo que por sus características queden excluidos del sistema de ofertas.

El mercado de generación consta de los siguientes elementos:

- i) El denominado *pool eléctrico*, que es el espacio virtual en el que concurren la oferta y la demanda;
- ii) los operadores del mercado, que son dos sociedades privadas legalmente responsables de la gestión del mercado: el operador del mercado (OMEL) responsable de la gestión económica, y el operador de la gestión técnica (REE);
- iii) los vendedores;
- iv) los compradores.

9. Vid., J. M. de la Cuétara Martínez. 2007. «Funcionamiento del mercado eléctrico en un entorno liberalizado», en *El sector eléctrico en España*, p. 63 y ss.. Granada: Comares.

10. Sobre este punto vid., J. Fabra Utray. 2004. *¿Liberalización o regulación? Un mercado para la electricidad*, p. 75 y ss. Madrid: Marcial Pons.

En este tipo de mercado los vendedores son:

- i) los productores de electricidad;
- ii) los comercializadores de electricidad;
- iii) los importadores de electricidad.

A su vez, los compradores están integrados por:

- i) los distribuidores de electricidad;
- ii) los comercializadores de electricidad;
- iii) los exportadores de electricidad;
- iv) los consumidores.

El denominado «mercado organizado», esto es, el *pool* eléctrico, se estructura mediante sesiones de mercado diario, en las que cada productor debe realizar sus ofertas para el día siguiente, diferenciando precio y cantidad que ofrece para cada hora y unidad de generación. Es decir, cada productor debe presentar diariamente al *pool* una oferta, en términos de precio y cantidad, para cada franja horaria del día siguiente.

La curva de oferta agregada del mercado la construye el gestor económico del sistema, OMEL, sumando todas esas ofertas ordenadamente según precios crecientes, es decir, poniendo en primer lugar la de menor precio y agregando sucesivamente las de precios ordenadamente crecientes. La curva de demanda agregada, por su parte, se construye añadiendo ordenadamente las diferentes demandas presentadas, también con especificación horaria de precio y cantidad. Con esta información, OMEL diariamente casa la oferta y la demanda de cada una de las horas del día siguiente. El precio para cada hora del día será único e igual al marginal; esto es, al de la oferta procedente de la última unidad de producción que resulte necesaria para atender la demanda, de las de la lista agregada formada la víspera conforme al procedimiento descrito. El precio formado de la forma en la que se acaba de señalar es el que deben pagar todos los compradores y han de recibir todos los vendedores.

Este proceso de casación expuesto del mercado diario se ve modificado después de la manera siguiente. El gestor técnico del sistema, REE, suma al resultado de la descrita casación del mercado diario la cantidad de energía correspondiente a los contratos bilaterales nacionales y los internacionales por él descritos. El resultado final se denomina «Programa Diario Base de Funcionamiento» (PDBF).

Una vez realizado el PDBF, REE evalúa su viabilidad técnica para comprobar si realmente puede llevarse a cabo en la práctica en condiciones técnicamente posibles y de seguridad garantizada. Si el PDBF, es decir, el resultado de la casación del mercado diario más las aportaciones de los contratos bilaterales, no respeta la capacidad máxima de intercambio entre sistemas eléctricos o los requisitos de

seguridad, aparecen las denominadas «restricciones técnicas»,¹¹ para cuya solución se pone en marcha un procedimiento conjunto entre OMEL y REE, el cual modifica las compras o ventas previstas que provocan el exceso de intercambio en la interconexión, y asigna la energía correspondiente a otras unidades de producción distintas. En consecuencia, se procede a alterar el PDBF para obtener el denominado «Programa Diario Viable» (PDV).

El procedimiento de resolución de las restricciones técnicas se desarrolla de la siguiente manera. Si el PDBF es físicamente irrealizable, por problemas de congestión de redes de transporte a causa de desequilibrios entre consumo y producción en una determinada zona, los operadores –OMEL y REE– deberán proceder a modificar la asignación de energía de las unidades de producción del PDBF y establecerán que se retiren de la casación ciertas ofertas y entre otras según un orden de precedencia económica que se establece conforme al siguiente modo: se designan las unidades que deban aumentar su producción, empezando por las más baratas y terminando por las más caras de las aceptadas en el mercado diario, y las que deban disminuir su producción, retirando en primer lugar las más caras de las aceptadas en el mercado diario, y, ordenadamente, en orden descendente de precios, las restantes.

La retribución de las unidades se ve implicada en el procedimiento de resolución de restricciones técnicas se determina del modo siguiente:

- i) Para las unidades de producción retiradas, se realiza una rectificación de su anotación en cuenta del mercado diario, calculada como el producto de la energía retirada por el precio marginal correspondiente;
- ii) La retribución de las unidades que producen para resolver restricciones técnicas se fijan, en lugar del precio marginal, por el precio de su oferta al mercado diario o por el de la oferta que implique una mejor retribución si hubiera hecho varias.

11. Las restricciones técnicas son definidas en el art. 12 del RD 2019/1997, de 26 de marzo, según la nueva redacción dada por el RD 2351/2004, de 23 de diciembre, por el que se modifica el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico, que dice así: «1. El programa diario base será comunicado por el operador del mercado a los agentes del mercado y al operador del sistema, quien, a la vista de aquél, determinará las restricciones técnicas que pudieran afectar a su ejecución, así como las necesidades de servicios complementarios a que diera lugar. A los efectos de este real decreto, se entenderá por restricción técnica cualquier circunstancia o incidencia derivada de la situación de la red de transporte o del sistema que, por afectar a las condiciones de seguridad, calidad y fiabilidad del suministro establecidas reglamentariamente y a través de los correspondientes procedimientos de operación, requiera, a criterio técnico del operador del sistema, la modificación de los programas. 2. Los procedimientos de resolución de restricciones técnicas podrán comportar la retirada de ofertas previstas en los programas, así como la modificación de los programas con base en otras ofertas, en los términos que se establezcan por el Ministro de Industria, Turismo y Comercio. 3. El programa resultante de la resolución de restricciones técnicas y del resultado del mercado de servicios complementarios a que se refiere el artículo 14 se denominará programa diario viable y será comunicado por el operador del sistema al operador del mercado y a los agentes que actúen en este en el plazo que se establezca en las normas de funcionamiento del mercado».

Este marco regulatorio ha sufrido algunos cambios como consecuencia del RD 2351/2004, de 23 de diciembre, sobre el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico en el que se introduce un cambio que consiste en que los agentes realizan ofertas por separado al mercado diario y al mercado de resolución de restricciones técnicas, con la finalidad de hacer más transparente la estrategia seguida por los operadores a la hora de ofertar su producto, si bien no impide que si éstos hacen idénticas ofertas a los dos mercados se consiga el mismo efecto que con una sola, es decir, la retirada de la capacidad del diario, la reserva de esa capacidad para resolver la restricción técnica, la obtención del mayor ingreso en el mercado de restricciones técnicas y la alteración del precio del mercado diario al forzar la entrada de una central más ineficiente y, por lo tanto, de mayor coste marginal.

Es en este contexto técnico y económico de funcionamiento del mercado mayorista de la electricidad en el que se han desarrollado diversos asuntos de abuso de posición de dominio por parte de algunas empresas generadoras de electricidad, como tendremos ocasión de examinar en páginas ulteriores.

3. ASPECTOS GENERALES DEL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO Y SU REFLEJO EN EL SECTOR ELÉCTRICO

Dos son los preceptos que con carácter general regulan la figura del abuso de posición de dominio. El art. 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el art. 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (en adelante LDC).

La dicción literal del primer párrafo del art. 102 del TFUE prevé lo siguiente:

Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.

A su vez, el art 2.1 de la LDC dispone:

Queda prohibida la explotación abusiva por una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado nacional.

De una primera lectura de estos dos preceptos pueden desprenderse dos comentarios iniciales. Por un lado, no se define qué es lo que debe quedar comprendido bajo los términos posición dominante. Por el otro, no se castiga la posición de dominio en cuanto tal, sino tan sólo el abuso de la misma y cuando el mismo pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, como examinaré en los apartados siguientes.

Estos dos preceptos se aplican a las denominadas conductas unilaterales, si bien no debe excluirse la variable de que varias empresas puedan encontrarse involucradas de forma simultánea en una conductas abusiva –abuso de posición dominante colectiva–, imputables a aquellas empresas que gozan de un poder de mercado significativo, como suele ocurrir en el sector eléctrico, que tienen un efecto negativo sobre la competencia. De este modo se pretende evitar que determinadas prácticas puedan provocar un daño mayor a los consumidores del que podría derivarse de la existencia de una posición dominante. Resulta claro que una empresa que disfruta de un poder significativo de mercado se encuentra en condiciones de perjudicar a los consumidores de un determinado producto o servicio de dos formas: directamente, a través de la imposición de precios supracompetitivos o de una limitación unilateral de la producción, o indirectamente, por medio de la exclusión de sus competidores actuales o potenciales.

Puede afirmarse que el abuso de posición de dominio es una figura controvertida, de difícil y compleja aplicación en la práctica. El hecho fáctico de que una determinada empresa goce de un poder de mercado significativo no es por sí solo condenable. Puesto que el objetivo de la legislación de competencia es el de promover el esfuerzo de las empresas para atraer a los consumidores con mejores precios o la prestación de servicios más competitivos, el tener una posición dominante en el mercado puede interpretarse como una recompensa al esfuerzo realizado por la misma por ocupar dicha posición, por lo que sancionar a la misma por este hecho resultaría paradójico. Igualmente, podría argumentarse que puede ser discutible sancionar los esfuerzos de una empresa por seguir incrementando su cuota de mercado una vez ha alcanzado una posición dominante, aunque esto conlleve la exclusión de los competidores del mercado. Puede originarse de esta forma un cierto riesgo de penalizar a aquellas empresas que saben responder más eficazmente a las demandas de los consumidores, lo que sería contrario al buen funcionamiento del mercado.

No obstante, debe tenerse presente que cuando una determinada empresa disfruta de un poder de mercado significativo los incentivos para competir en el mercado pueden disminuir y ello puede conllevar la realización de determinadas prácticas comerciales destinadas a incrementar o mantener su cuota de mercado ante el empuje de sus competidores. Así, por ejemplo, si una empresa en posición de dominio rebaja sistemáticamente los precios de sus productos cada vez que un nuevo competidor amenaza o pone en riesgo su situación, puede estar buscando con ello enviar un mensaje a los competidores potenciales, que pueden terminar por renunciar a entrar en dicho mercado. De este modo a largo plazo, la empresa en posición dominante carecerá de incentivos para bajar sus precios al saber que no existe ninguna empresa en condiciones de competir con ella.

Por lo tanto, a la hora de aplicar el art. 102 TFUE y el art. 2 LDC, el problema surge a raíz de la labor que deben realizar las autoridades de competencia en distinguir aquellos esfuerzos legítimos de las empresas en posición dominante destinados a aumentar o mantener su cuota de mercado de aquellas prácticas abusivas

que reducen los incentivos para competir y, en consecuencia, pueden perjudicar a los consumidores en el medio-largo plazo. En la actualidad, conviven dos estándares de aplicación del art. 102 TFUE y del art. 2 LDC: uno formalista y jurídico que es el establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) y el Tribunal General (TG) –antiguo Tribunal de Primera Instancia–, en su empeño de garantizar unos mínimos de seguridad jurídica en este ámbito, y otro fundamentado en criterios eminentemente económicos, más apegado a la realidad del mercado, si bien con menos garantías desde el enfoque de la seguridad jurídica.

3.1. EL CONCEPTO DE POSICIÓN DE DOMINIO

El concepto de posición de dominio es una pieza clave en cualquier sistema de defensa de la competencia europeo, ya que constituye una condición previa para poder establecer la existencia de abuso. A su vez, la influencia de este concepto ha desbordado el ámbito de la legislación de competencia y ha invadido el terreno regulatorio para delimitar qué operadores deben encontrarse sujetos a obligaciones especiales.¹²

Sin embargo, y a pesar de la importancia que tiene este concepto, no se encuentra una definición de la posición de dominio ni en la legislación comunitaria ni en la legislación nacional de competencia, sino que para delimitar los contornos del mismo resulta necesario acudir a la jurisprudencia del TJUE, así como a las diversas resoluciones de las autoridades nacionales de competencia.

Desde la ya clásica sentencia del TJUE en el asunto *United Brands c. Comisión*¹³ la posición de dominio se define como

Una posición de fortaleza económica mantenida por una empresa, que le proporciona el poder de obstaculizar el mantenimiento de una competencia

12. Debe advertirse que desde la perspectiva de regulación eléctrica, cuya supervisión corresponde a la Comisión Nacional de Energía (CNE), ésta ha aprobado la Resolución de 25 de abril de 2007, por la que se establecen y hacen públicas, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 34 y en la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, las relaciones de operadores principales y dominantes en los sectores energéticos. En este sentido, parecería evidente que estos criterios para determinar los operadores dominantes deberían servir de base a las autoridades de competencia para determinar si una empresa energética se encuentra o no en posición de dominio, con independencia de que pudieran emplear adicionalmente otros distintos. Sin embargo, la realidad no es así y estas determinaciones de la CNE sobre la posición de dominio de algunos operadores energéticos no tienen ninguna relevancia práctica para la intervención de las autoridades de competencia que utilizan otros campos de análisis de la posición dominante.

13. Caso 27/76, de 14 de febrero de 1978.

Como se estableció anteriormente en la Sentencia *Hoffmann-La Roche*, de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Hoffmann-La Roche & Co. AG c. Comisión*, no resulta necesario que una empresa se encuentre en una situación de monopolio en un mercado para que el art. 82 TCE pueda resultar de aplicación. En este sentido el TJCE precisó lo siguiente: «La posición de dominio definida de esta forma no impide el desarrollo de una cierta competencia, como sería el caso en una situación de monopolio o cuasi-monopolio, pero permite a la empresa que se beneficia de la misma si no determinar, sí al menos tener una influencia apreciable sobre las condiciones en las que se desarrollará dicha competencia y, en cualquier caso, actuar en gran medida sin tenerla en consideración».

efectiva en el mercado de referencia, proporcionándole la posibilidad de comportarse en buena medida con independencia de sus competidores, clientes y, en último extremo, de los consumidores

En parecidos términos ha sido delimitada por el antiguo Tribunal de Defensa de la Competencia (en la actualidad la referencia se entiende realizada a la CNC) en el asunto *Tecnotron*¹⁴ en el que se asimila la concepción comunitaria de posición dominante señalando al respecto:

La existencia de una posición de dominio es fundamentalmente una cuestión de poder económico, técnico y, en definitiva, potencial de actuar en el mercado sin tener que someterse a las reglas efectivas de la competencia (...). La posición de dominio de una empresa se ostenta cuando la empresa en cuestión en relación con un mercado específico tiene la posibilidad de tener un comportamiento independiente y que por esa sola cualificación restrinja la competencia.

Estas definiciones comprenden los dos elementos definitorios de la conducta: por un lado, la independencia de comportamiento respecto de los competidores, proveedores y consumidores; y, de otro, la capacidad de eliminar la competencia efectiva.

Respecto al primer elemento, la pregunta gira en torno a la cuestión siguiente: ¿qué quiere decir comportarse independientemente? La CNC alude en sus resoluciones a la capacidad de ofertar en el mercado un *output* en condiciones tales que permitan a la empresa en cuestión ganar un beneficio superior al que obtendría en condiciones de competencia. Así, lo recordaba el TDC en el asunto *Bacardí* al señalar que

El Tribunal coincide con la denunciada en que Bacardí no tiene una posición de dominio en el mercado, pero no por el motivo que ella esgrime, consistente en considerar que el mercado de relevancia es el más amplio de las bebidas alcohólicas combinables, asunto sobre el que el tribunal estima que no cabe un pronunciamiento definitivo con la información que obra en

14. Resolución del TDC de 3 de febrero de 1992, expte. A 16/91. En términos análogos se expresa en el asunto *Electra Avellana*, de 7 de julio de 1999, expte. 441/98 señalando: «El término posición de dominio hace referencia a un concepto poco preciso y relativo, cuya existencia hay que determinar por referencia a un operador económico y a un mercado concretos, y que se perfila a partir de dos ideas básicas: poder económico e independencia de comportamiento. Así, la posición de dominio de una empresa concreta en un mercado determinado expresa su aptitud para modificar provechosamente, respecto de la situación de competencia, el precio o cualquier otra característica del producto. El que una empresa tenga esa aptitud dependerá de que se den una serie de circunstancias que, para la empresa en cuestión, podrían resumirse en poder económico e independencia de comportamiento. Por eso, se dice de un operador económico que disfruta de una posición de dominio en un mercado cuando en el mismo tiene poder económico e independencia de comportamiento suficientes como para poder actuar, modificando en su provecho el precio u otra característica del producto, sin tomar en consideración las posibles reacciones de sus competidores, sus proveedores o sus clientes».

el expediente, sino porque, sea cual sea el mercado relevante (el de ron o el de bebidas combinables), no hay evidencia alguna en el expediente de que, a pesar de su importante cuota en el mercado del ron, Bacardí tenga una independencia relativa de comportamiento en el mercado tal que le permita actuar sin tomar en consideración en todos sus efectos las posibles reacciones de competidores y clientes.¹⁵

Por lo tanto, el comportamiento independiente requiere que lo sea en un grado suficiente y, además, obstaculice el desarrollo de la competencia efectiva, es decir, impida la existencia de competidores presentes o potenciales que supongan una amenaza para su negocio. Al señalar que se tenga una independencia de comportamiento suficiente se está pidiendo que los operadores para ser dominantes tengan un poder de mercado grande y estable. De este modo, se pretende minimizar el riesgo de cometer errores por calificar de dominantes a operadores que realmente pueden ver restringido su comportamiento en un cierto plazo de tiempo por la acción de la competencia, presente o potencial.

Por otro lado, respecto a la capacidad de obstaculizar el mantenimiento de una competencia efectiva, esta referencia ha sido objeto de crítica por los economistas, ya que plantea problemas con aquellas situaciones donde el grado de concentración en el mercado es grande o se incrementa, pero pese a ello el resultado es eficiente y/o un mayor número de competidores no aseguraría más ventajas para los consumidores. Sería más lógico, como expresan I. GUTIÉRREZ y J. PADILLA, «establecer que la independencia de comportamiento sea suficiente para estar en condiciones de reducir el bienestar de los consumidores. Esta delimitación sería (...) más acorde con el objetivo último de la Ley y más racional desde el punto de vista económico, lo que favorecería el desarrollo de test sustantivos más claros y consistentes»¹⁶.

3.1.1. Posición de dominio individual

Tanto el art. 102 TFUE como el art. 2 LDC prohíben el abuso de posición dominante cometido por *una o varias empresas*. De este modo, la posición de dominio no sólo se ostenta en función de la posición individual de una empresa en el mercado, sino también en base a su posible coordinación con otras empresas presentes en el mismo mercado o bien en mercados conexos.

La posición de dominio individual, es la concepción clásica y tradicional del concepto de posición de dominio, cuya definición ha sido delimitada de acuerdo

15. Resolución de 30 de septiembre de 1999, expte. R 362/99.

16. *Vid.*, «Una racionalización económica del concepto de posición de dominio», en *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons/Fundación Rafael del Pino, Madrid 2006, p. 19. Igualmente, *vid.* R. O'donoghue y A. J. Padilla, *The law and economics of article 82 EC*, Hart Publishing, 2006, p. 108 y ss.

con la jurisprudencia del TJUE, como se ha examinado en el epígrafe anterior.

A efectos de determinar si existe una posición dominante, hay que definir en primer lugar cuál es el mercado de referencia en el que la conducta de la empresa tiene lugar. Los elementos de examen del mercado relevante en este ámbito son los mismos que se emplean para determinar el marco de las conductas colusorias y, muy especialmente, en el marco de las operaciones de control de concentraciones empresariales, a la que se recurre con la finalidad de poder establecer si una operación en concreto obstaculiza la competencia efectiva, creando o reforzando una posición de dominio.

Este no es el único elemento que debe ser objeto de examen, puesto que para determinar de modo eficaz si una empresa ostenta una posición dominante en un mercado determinado, es necesario estudiar el poder de mercado de la misma, esto es, su cuota de mercado. Por tanto, la delimitación de la cuota de mercado sirve como punto de partida para todo examen del art. 102 TFUE y 2 LDC, ya que proporcionan los primeros indicios útiles de la estructura del mercado y de la importancia competitiva de las empresas activas en el mismo. El estudio de estos aspectos será objeto de análisis en los apartados siguientes.

3.1.2. Posición de dominio colectiva

La posibilidad prevista en el Derecho comunitario y en el Derecho nacional de que varias empresas puedan incurrir conjuntamente en una conducta anticompetitiva contraria al art 102 TFUE y 2 LDC, respectivamente, ha conllevado la necesidad de delimitar de forma nítida el abuso de la posición de dominio colectiva como un tipo de infracción diferente al del abuso de posición de dominio individual y de los acuerdos restrictivos de la competencia previstos en el art. 101 TFUE y 1 LDC.

Los perfiles del concepto de posición de dominio colectiva se han delimitado vía jurisprudencial comunitaria. En este sentido, el TPI confirmó por primera vez la posibilidad de ejercer posición de dominio colectiva en el asunto *Vidrio Plano Italiano*¹⁷ al señalar:

Como principio, no puede descartarse que dos o más entidades económicas se hallen, en un mercado concreto, unidas por tales vínculos económicos que, a causa de este hecho, se hallen conjuntamente en una posición dominante con respecto a los demás operadores del mismo mercado. Ello podría ocurrir, por ejemplo, si dos o más empresas independientes disfrutaran en común, a través de un acuerdo o de una licencia, de un adelanto tecnológico que les confiriera la posibilidad de comportarse en gran medida independientemente frente a sus competidores, sus cliente y, finalmente, sus consumidores.

17. STPI de 10 de marzo de 1992, asuntos acumulados T-68/69 y T-77/89.

La definición básica de posición de dominio colectiva fue establecida, a su vez, por el TJUE en su sentencia *Gencor*¹⁸ que dice así:

la relación de interdependencia que existe entre los miembros de un oligopolio estrecho dentro del cual, en un mercado con las características apropiadas, en especial en términos de concentración del mercado, de transparencia y de homogeneidad del producto, pueden prever sus comportamientos recíprocos y se ven, por lo tanto, en gran medida impulsados a coordinar sus comportamientos en el mercado, para, en particular, maximizar sus beneficios comunes, restringiendo la producción con el fin de aumentar los precios. En efecto, en tal contexto, cada operador sabe que una actuación altamente competitiva por su parte, dirigida a incrementar su cuota de mercado (por ejemplo, una reducción de precios), provocaría una actuación idéntica por parte de los demás, de manera que no obtendría ningún beneficio de su iniciativa. Todos los operadores tendrían por lo tanto que soportar el descenso del nivel de los precios.

Como puede observarse el TJUE ha establecido como elemento fundamental de la posición de dominio colectiva el concepto de interdependencia entre empresas. En este sentido, la interdependencia implica la existencia de una consciencia compartida de los operadores en el mercado respecto a la posición comercial de los competidores. Así, es la interdependencia entre los agentes de un mercado oligopolístico y la conciencia de esta interdependencia lo que les conduce a alinear su conducta en el mercado de modo que puedan obtener beneficios supracompetitivos. Como señaló el TJUE en el asunto *Compagnie Maritime Belge*, el elemento determinante que permite inferir la existencia de una posición de dominio colectiva es el hecho de que dos o más empresas

desde el punto de vista económico, se presenten o actúen juntas en un mercado específico, como una entidad colectiva.

Igualmente, como advierten J. FOLGUERA y B. MARTÍNEZ, es importante tener presente que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial comunitaria, el concepto de dominancia colectiva exige descartar la existencia de cualquier acuerdo de voluntades entre los miembros de un oligopolio con la finalidad de alinear su comportamiento comercial.¹⁹ En la medida en que un acuerdo de este tipo, expreso o tácito, puede ser demostrado, la conducta anticompetitiva no constituiría una infracción del art. 102 TFUE o 2 de la LDC, sino una infracción de la prohibición

18. STPI de 25 de marzo de 1999, asunto T-102/96, *Gencor c. Comisión*.

19. *Vid.*, «La posición de dominio colectiva: estado actual de un larga evolución», en *El abuso de la posición de dominio*, Marcial Pons/Fundación Rafael del Pino, Madrid 2006, p. 77.

de acuerdos anticompetitivos entre empresas y quedaría, por lo tanto, bajo el paraguas del art. 101 TFUE o del art. 1 LDC.

Respecto a las condiciones que conducen a que dos o más empresas actúen en un mercado como una entidad colectiva en ausencia de vínculos estructurales fueron descritas por el TG en el asunto *Airtours*,²⁰ que tenía como objeto una operación de control de concentraciones. En primer lugar, el TG exigió la transparencia en el mercado de referencia, de tal forma que los miembros del oligopolio puedan conocer el comportamiento de sus competidores; en segundo lugar, los miembros del oligopolio no deben estar en condiciones de poder desviarse de la línea de acción común, debido a la existencia de mecanismos de castigo y, en tercer lugar, ni la competencia potencial, ni los clientes, deben estar en condiciones de alterar la línea de acción común.

Si bien como se ha dicho el asunto *Airtours* tuvo lugar en sede de control de concentraciones, el TG en su sentencia *Laurent Piau*, declaró que las condiciones descritas en el asunto anterior eran plenamente aplicables dentro del contexto del art. 102 TFUE.²¹

Esta delimitación del concepto de posición de dominio colectiva establecida por la jurisprudencia comunitaria ha sido seguida en términos parecidos por las autoridades de competencia españolas, si bien se muestran algunas particularidades, especialmente en el ámbito de la energía. Así, por ejemplo, el TDC en el asunto *Electra Caldense*²² declaró que dos empresas pertenecientes al mismo grupo económico, en concreto, las eléctricas ENHER e Hidroeléctrica de Cataluña, ambas filiales de Endesa, ostentaban una posición de dominio conjunta en el mercado de suministro de energía eléctrica de la localidad de Caldes de Montbui. En este punto concreto, el TDC se desvió de manera ostensible de la jurisprudencia comunitaria examinada, toda vez que en ésta la posición de dominio colectiva se ha predicado respecto de dos o más empresas independientes entre sí, de manera que las entidades que pertenezcan a un mismo grupo empresarial se considerarán una misma empresa. De hecho, el propio TDC ha establecido en diversas resoluciones, como en los asuntos *Eléctrica del Llémana*²³ o *Eléctrica Curós*²⁴ en las que se consideran que todas las empresas que pertenezcan al mismo grupo que la empresa en causa, en la medida en que todas ellas se encuentren sometidas a una unidad de dirección y constituyan una unidad económica, se trata de posiciones de dominio individuales y no colectivas.

Como puede observarse, el TDC mantuvo una línea distinta en estos asuntos examinados encuadrados dentro del abuso de posición de dominio. Ha sido en el

20. STPI, de 6 de junio de 2002, T-342/99, *Airtours c. Comisión*.

21. STPI, de 26 de enero de 2005, T-193/02, *Laurent Piau c. Comisión*.

22. Resolución del TDC de 19 de febrero de 1999, expte. 427/98.

23. Resolución del TDC de 29 de septiembre de 1999, expte.442/98.

24. Resolución del TDC de 5 de mayo de 1999, expte. 431/98.

ámbito de las concentraciones empresariales donde la CNC, así como la CNE, han examinado en un importante número de ocasiones la existencia de una posición de dominio colectivo en el sector energético. En los informes de la CNC y de la DI, han centrado su atención muy especialmente en la estructura oligopolística del mercado a la hora de pronunciarse sobre la compatibilidad de las operaciones de concentración analizadas.²⁵

En el siguiente caso en el que tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre la posición de dominio colectiva fue en el asunto *Azúcar*, en el que, pese a que el antiguo Servicio de Defensa de la Competencia (en la actualidad Dirección de Investigación) consideraba que las sociedades imputadas ostentaban una posición de dominio colectiva, el TDC evitó manifestarse sobre el tema al considerar que no existían pruebas del abuso. El SDC había argumentado su imputación en los siguientes indicios: a) el carácter oligopolístico del mercado; b) los frecuentes contactos entre los miembros del oligopolio y su actuación paralela o coordinada en numerosas ocasiones, y c) la existencia de identidad de intereses respecto de las autoridades agrícolas españolas y comunitarias.

Un avance en la doctrina del TDC en este ámbito fue el asunto *Autoescuelas de Alcalá*, dónde se admitió la posible existencia de dominancia colectiva en mercados no oligopolísticos, siempre y cuando exista un elemento estructural de unión entre la mayoría de los competidores (en este caso una asociación empresarial) que garantice un comportamiento paralelo o coordinado entre todos ellos.

Finalmente, en el caso *Agencias de Viaje*, el TDC, si bien se abstuvo de entrar a conocer la existencia de posición de dominio colectiva por aplicación del principio de no aplicabilidad concurrente de los art. 1 y 2 de la LDC, señaló lo siguiente:

En este caso podría haberse dado la situación de posición dominante colectiva por agrupación de las cuatro y la conexión a través de los pactos de no competencia con otros competidores posibles. Todo ello en tanto en cuanto tendrían independencia de comportamiento suficiente como para poder actuar, a través de Mundosocial, sin tomar en consideración en todos sus efectos las posibles reacciones de sus competidores. Podría haber lazos de unión suficientes que les permitiera a todas ellas actuar al unísono respecto a determinados elementos de competencia en el concurso perdiendo toda su autonomía individual. Le resultaría muy difícil, además, a un nuevo entrante en dicho mercado acceder al concurso.

25. *Vid.*, Informe del TDC C 54/00, de 17 de mayo de 2000, *FENOSA/Hidroeléctrica del Cantábrico*, y el Informe C 60/00, de 19 de enero de 2001, *Endesa/Iberdrola*. El concepto de oligopolio también ha sido empujado por la CNE a la hora de examinar concentraciones en el sector eléctrico. Así, por ejemplo, en el Informe sobre el Proyecto de concentración consistente en la fusión de Endesa e Iberdrola (aprobado por la CNE el 28 de noviembre de 200), la CNE consideró la estructura oligopolística del mercado como uno de los elementos más importantes a la hora de valorar la operación.

3.1.3. Presunciones determinantes de la posición de dominio

Un aspecto importante en la aplicación de los art. 102 TFUE y 2 LDC de cara a poder comprobar si una empresa tiene posición de dominio o no, gira en torno a la delimitación del mercado de referencia en el que la conducta de la empresa tiene lugar.

De este modo, lo que las autoridades de competencia vienen tradicionalmente utilizando para llevar a cabo esta tarea es delimitar la denominada cuota de mercado, que funciona a modo de *proxies* para la determinación de la existencia de la posición de dominio. Las cuotas de mercado son un *proxy* adecuado puesto que la información a ellas referidas es sencilla de obtener y de interpretar.²⁶ No obstante, el examen llevado a cabo sobre la sola estimación de las cuotas de mercado puede conducir a soluciones que no sean defendibles desde una perspectiva estrictamente económica, por lo que tales resultados deben someterse a la cautela de la verificación de la existencia de una argumentación alternativa.²⁷

El TJUE en su sentencia *Hoffman-La Roche*,²⁸ precisó que la existencia de elevadas cuotas de mercado resultan altamente significativas, si bien su importancia puede variar de mercado en mercado según la estructura de éstos. Cuotas extremadamente altas constituyen en sí mismas, y salvo circunstancias excepcionales, la prueba de la existencia de una posición dominante. En este asunto, el Tribunal señaló que cuotas de mercado que alcanzan o superan el 80 por 100 constituyen por sí mismas prueba de la existencia de una posición dominante.

Por su parte, en la sentencia *Akzo III*,²⁹ el TJUE señaló que cuando una cuota de mercado supere el 50 por 100, salvo en circunstancias excepcionales, existe una presunción de la existencia de una posición dominante en un mercado. En este supuesto, la empresa tiene la obligación de probar que dicha cuota no es un indicador válido de la existencia de una posición dominante.³⁰

En presencia de cuotas inferiores al 50 por 100, no puede descartarse la existencia de una posición dominante, si bien en tal caso será necesario tomar en consideración otros factores, como el número y la importancia relativa de las empresas competidoras, así como la existencia de barreras que imposibiliten o dificulten nuevas entradas en el mercado. De esta manera, cuanto más numerosos, más débiles y, en consecuencia, menor sea su cuota de mercado, menos importante debe ser ésta para considerar que la empresa que la ostenta se encuentra en una

26. *Vid.*, C. Donroso, «Artículo 2», en *Derecho español de la competencia*, Tomo I, Bosch, Madrid 2008, p. 140.

27. Una crítica sobre este aspecto puede encontrarse en I. Gutierrez y J. Padilla, «Una racionalización económica...», *op. cit.*, p. 20 y ss.

28. STJCE, de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76, *Hoffman-La Roche & Co. AG c. Comisión*.

29. STJCE de 3 de julio de 1991, asunto C-62/86, *Akzo Chemie BV c. Comisión*.

30. Se ha acuñado un concepto de *superdominancia*, cuando se presenten elevadas cuotas de mercado –por encima del 75 por 100–. Así lo han señalado el TJCE y el TPI en algunas de sus sentencias como en el asunto 85/76 *Hoffmann-La Roche* de 13 de febrero de 1979, y T- 228/97 *Irish Sugar* de 7 de octubre de 1999. Recientemente, lo ha hecho el TPI en su sentencia T-201/04 *Microsoft* de 17 de septiembre de 2007.

posición dominante. En este sentido, el TPI en el asunto *British airways*,³¹ en donde las cuotas de mercado estaban en torno al 40 por 100 —e incluso por debajo de esta cifra—, han sido consideradas suficientes para determinar la existencia de una posición de dominio.

Por otro lado, debe señalarse que la posición de dominio no se encuentra relacionada con el tamaño en términos absolutos de una empresa y, sin embargo, tiene una estrecha relación con la posición relativa de esa empresa en un mercado determinado. Así, empresas con cuotas significativas, que pudieran en principio suponer que se encuentran exentas de cualquier reprobación en base a los art. 102 TFUE y 2 LDC pueden encontrarse bajo el ámbito de aplicación de los mismos. En este sentido, el TDC estableció en el asunto *Viesgo Generación*,³² la existencia de una posición de dominio y el consiguiente abuso de la misma por parte de Riesgo, una empresa que tan sólo contaba con el 15 por 100 de cuota de mercado, y ello porque las particularidades del mercado, en este caso el de restricciones técnicas en la generación de electricidad, hacían de dicha empresa un operador imprescindible.

Por lo tanto, si bien las cuotas de mercado constituyen un instrumento útil de cara a determinar la existencia de una posición de dominio de una determinada empresa, éste no tiene carácter definitivo. Ello es así, en primer lugar, debido a que sólo las cuotas de mercado estables y relativamente duraderas son relevantes para el análisis de una posición dominante. Así, cuotas de mercado elevadas pero volátiles no podrán ser, por sí mismas, prueba suficiente de la existencia de posición de dominio. El motivo que justifica tal aseveración es que en un mercado con bajas barreras de entrada o expansión, la posición de un operador del que pudiera presumirse que ostenta posición de dominio en atención a sus cuotas de mercado está en una situación de franca expugnabilidad respecto de sus competidores. Ello lleva a la conclusión de que el poder de mercado que no se ejerza durante un periodo considerable de tiempo no constituye posición de dominio.

De la jurisprudencia del TJUE y TG puede inferirse que periodos de tres años o superiores son relevantes, si bien no se ha establecido un periodo mínimo de tiempo, ni un límite de variación, que permita considerar una cuota de mercado relevante a efectos del establecimiento de una posición de dominio.³³

31. STPI de 17 de diciembre de 2003, asunto T-219/99, *British Airways c. Comisión*.

32. Resolución de 28 de diciembre de 2006, expte. 602/05.

33. Así en la STJCE, de 13 de febrero de 1979, *Hoffman-La Roche*, asunto 85/76, en el que los periodos analizados eran generalmente de tres años. Si bien la calificación de una cuota de mercado como duradera puede depender de las características del mercado, es decir, lo que en un mercado puede ser duradero, en otro puede no serlo.

3.1.4. La posición de dominio en el mercado eléctrico

Como ha podido observarse de lo analizado anteriormente respecto a las características que nos depara el mercado energético, éste tiene una serie de particularidades que deben ser tenidas en cuenta a la hora de poder delimitar si una empresa ostenta posición de dominio. Con carácter general, y sin entrar en este momento en un examen detallado puesto que será objeto de estudio posteriormente, algunas son las cuestiones previas que deben tenerse en cuenta a la hora de efectuar el examen de la posición dominante en este mercado: en primer lugar, aquellos supuestos en los que la adquisición de una posición de dominio se atribuye *ex lege*, en segundo lugar, aquellas posiciones de dominio que vienen siendo detentadas como consecuencia de los antiguos mercados monopolísticos, y, finalmente, debe hacerse una reflexión sobre la sujeción de los poderes públicos al art. 2 de la LDC.³⁴

A) Posición de dominio en virtud de disposición legal

En primer lugar, es necesario referirnos a lo previsto en el art. 2.3 de la LDC cuyo tenor literal dispone lo siguiente:

La prohibición prevista en el presente artículo se aplicará en los casos en los que la posición de dominio en el mercado de una o varias empresas haya sido establecida por disposición legal

Se prohíben, por lo tanto, de forma expresa aquellas conductas abusivas cometidas por empresas a las que se les haya reconocido una posición dominante en virtud de una disposición legal. Resulta claro que debe llegarse a idéntica solución cuando tal posición derive de una norma de rango reglamentario o, incluso, de un acto administrativo como pueda ser una concesión administrativa o una atribución de derechos especiales o exclusivos a una empresa concreta. En este sentido, se expresó el TDC en el asunto *Gas Extremadura*.³⁵

La prohibición ex art. 6.1 LDC (en la actualidad 2.3 LDC) es general para todos los operadores económicos, privados y públicos, cualquiera que sea el medio por el que la posición de dominio haya sido alcanzada, afectando incluso a quienes disfruten de una posición de dominio en el mercado que haya sido otorgada por la Administración.

34. Como afirma G. Ariño, la estructura empresarial de la industria eléctrica en Europa se caracteriza por tres rasgos fundamentales: a) elevada concentración empresarial en los mercados nacionales y ausencia de un mercado europeo, con escaso nivel de interconexiones entre los primeros; b) considerable integración vertical, y c) titularidad pública en el capital de las empresas, lo que genera una asimetría de posición entre las privadas (o privatizadas) y aquellas que presentan una significativa presencia del capital público; *vid.*, *Energía en España y Desafío Europeo*, Fundación Estudios de Regulación/Comares, Granada 2006, p. 66 y ss.

35. Resolución de 4 de octubre de 2004, expte. 570/2003. Sobre estos aspectos, *vid.*, Cases, L., «Regulación pública y abuso de posición de dominio», en *El abuso de...*, *op. cit.*, p. 238 y ss.

De esta forma la LDC distingue entre las conductas abusivas que gozan en sí mismas de amparo legal expreso y que, en consecuencia, quedan exentas de la prohibición tipificada en el art. 2 de la LDC, en virtud de lo dispuesto en el art. 4 de dicha norma,³⁶ de aquellas conductas abusivas cometidas desde una posición de dominio otorgada legalmente que sí que se encuentran sometidas a la prohibición del art. 2 LDC, salvo si son de *minimis*.

Distintas son las consecuencias que deben extraerse de este precepto. En primer lugar, en aquellos casos en los que la posición de dominio haya sido establecida por disposición legal no habrá de examinarse si concurren, en efecto, los requisitos necesarios para concluir tal posición, de forma que el análisis quedará limitado a determinar si la conducta de la empresa que ostenta en virtud de la norma pertinente la posición de dominio es abusiva o no, estando por ende prohibida en el caso de ser abusiva.³⁷

A ello debe añadirse que la determinación de monopolios legales no puede considerarse en ningún caso como una cláusula general a la que puedan acogerse las empresas que operen en los mercados energéticos, sino que las mismas tendrán que adecuar su conducta a las obligaciones derivadas de este precepto. Igualmente, el hecho de que la empresa en cuestión pueda gestionar servicios de interés público o de interés general resulta irrelevante para la aplicación del art. LDC. Así, lo ha destacado el TDC en el asunto *Gas Sabadell*.³⁸

En este mercado relevante, de productos y geográfico, la empresa denunciada ostenta una clara posición de dominio ya que, como señala el Servicio, las empresas que utilizan gas en sus procesos productivos sólo pueden contratar el servicio con dicha empresa, por no existir otra compañía suministradora. Gas Natural es el titular del monopolio legal, en la zona de referencia, del suministro de un producto imprescindible, insustituible a corto plazo, como es el gas natural. En estas circunstancias es evidente que la

36. El art. 4 de la LDC dispone: «1. Sin perjuicio de la eventual aplicación de las disposiciones comunitarias en materia de defensa de la competencia, las prohibiciones del presente capítulo no se aplicarán a las conductas que resulten de la aplicación de una ley. 2. Las prohibiciones del presente capítulo se aplicarán a las situaciones de restricción de la competencia que se deriven del ejercicio de otras potestades administrativas o sean causadas por la actuación de los poderes públicos o las empresas públicas sin dicho amparo legal».

37. Así se desprende claramente de la Resolución de 29 de julio de 1993, asunto *Cofradía de Pescadores de Nuestra Señora del Carmen*, expte. 329/93, en la que se estableció que «La existencia de una situación de dominio en el mercado que disfruta un operador económico en virtud de una norma o de una situación de hecho pura y simplemente, no está prohibida en sí misma ni constituye una infracción de las normas de defensa de la competencia; es el abuso de esa posición dominante en el mercado, evidenciada a través de alguna de las formas previstas legalmente, lo que la ley prohíbe y este Tribunal considera como una de las infracciones más graves por constituir una grave amenaza para todo un sector; prueba de esta gravedad es que los abusos no son autorizables en ningún caso, a diferencia de los acuerdos o prácticas restrictivas y se aplica la prohibición del art. 6 (actual 2) citado incluso en aquellos casos en que la posición de dominio haya sido establecida por disposición legal en contraste también con los acuerdos y prácticas en principio prohibidas pero que están exentas cuando resulten de la aplicación de una ley o de un reglamento dictado en aplicación de una ley».

38. Resolución de 14 de febrero de 2000, expte. 458/99.

independencia de comportamiento, en este caso respecto de los usuarios, que es consustancial con la posición de dominio en el mercado (...) se da en grado sumo.

Otro aspecto relevante es la viabilidad de defensa de una empresa en posición de dominio cuyas prácticas presuntamente abusivas carezcan de amparo legal expreso, si bien han sido impuestas o respaldadas directa o indirectamente por la autoridad reguladora. En este sentido, puede afirmarse en principio que dichas conductas no deberían quedar sujetas al art. 2 de la LDC cuando la empresa con posición de dominio se limita a aplicar una política aprobada de forma concreta por las autoridades reguladoras, puesto que en ese caso la empresa carece de autonomía alguna en la adopción de la práctica investigada o, en general, cuando la conducta de la empresa viene exigida de forma directa por el marco regulatorio preestablecido y al cual debe obligatoriamente ajustar su conducta. Así, el ejemplo claro de este tipo de problemática se ha producido en el sector de las telecomunicaciones y ha consistido en la aplicación por operadores dominantes de telecomunicaciones de precios y tarifas específicamente aprobadas y autorizadas por la autoridad reguladora –Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT). Por lo tanto, parece evidente que en la medida en que la CMT no sólo permita, sino que obligue al operador dominante a aplicar la tarifa regulada, no debería aplicarse el art. 2 LDC debido a la falta de autonomía e independencia de la empresa. Sin embargo, esta cuestión no es clara y se plantean diversos problemas al respecto. En este sentido, la Comisión Europea impuso una multa a Telefónica por la aplicación de precios que habían sido previamente autorizados por la CMT; si bien es cierto que el problema de fondo que se plantea en este asunto es el de los distintos objetivos de la política de regulación frente a la de defensa de la competencia y cuál de ellas debe prevalecer (en este caso la Comisión entendió que prevalece la política de competencia comunitaria frente a la regulación sectorial nacional).³⁹

B) Posición de dominio derivada de los antiguos mercados monopolísticos energéticos

Los sectores antaño monopolísticos, como es el caso de la energía, son, por regla general, más proclives a las situaciones de abuso de posición de dominio, ya que la posición del incumbente es difícilmente replicable por otros operadores, a pesar de que el mercado se haya liberalizado o, al menos parte del mismo.

Esta máxima es especialmente significativa en el mercado energético, tanto de gas como de electricidad, que se caracterizan por la existencia de las denominadas *essential facilities*, tal y como pudimos examinar con anterioridad, en los que las ventajas asociadas a la propiedad de la red o de las infraestructuras tienen una incidencia notable sobre la competencia.

En este sentido, lo ha destacado el TDC, respecto a los mercados energéticos

39. Decisión de la Comisión de 4 de julio de 2007, asunto COMP/38.784, *Wanadoo España c. Telefónica*.

en diversas resoluciones en las que ha podido constatar la existencia de conductas constitutivas de abuso de posición de dominio. No me detendré en exceso en el análisis de las mismas, ya que serán objeto de estudio más adelante, por lo que simplemente destacaré algunos ejemplos que ilustran esta realidad en el mercado de la electricidad.

Así, se ha declarado el abuso de posición de dominio en el mercado de generación de electricidad, en el contexto de restricciones técnicas, mercado por el que se casan las ofertas de venta de electricidad al por mayor. El TDC en el asunto *Empresas Eléctricas*⁴⁰ declaró que las principales empresas eléctrica –Endesa Generación, Iberdrola Generación, Unión FENOSA Generación e Hidrocantábrico Generación– presentaron en determinados días precios de oferta inusualmente altos en el mercado mayorista de electricidad siendo conscientes de que no se casarían en el mercado diario y, por lo tanto, dichos operadores serían llamados después para resolver las asimetrías entre oferta y demanda mediante el mecanismo de restricciones técnicas en las zonas donde respectivamente disfrutaban de posición monopolista.

Igualmente, se ha declarado la realización de abusos de posición de dominio en mercados conexos, tales como el de ejecución de instalaciones, prevaliéndose de una posición de dominio en los mercados de suministro de electricidad, tal y como se dispuso en el asunto *Asinem/Endesa*.⁴¹

3.2. EL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

No se encuentra ni en el art. 102 TFUE ni en el art. 2 LDC una definición de lo que deba entenderse por abuso de posición de dominio.⁴² Ha sido, de nuevo, el TJUE el que a lo largo de su jurisprudencia ha ido delimitando los perfiles de esta conducta anticompetitiva, que pasamos a examinar sucintamente.

40. Resolución de 7 de julio de 2004, expte. 552/02.

41. Resolución de 14 de diciembre de 2006, expte. 606/05.

42. Los economistas han destacado una serie de rasgos comunes respecto de las conductas abusivas: a) todo abuso supone la reducción del beneficio del operador dominante en el corto plazo con el objeto de obtener rentas monopolistas a largo plazo; b) en consecuencia, para que una conducta sea abusiva debe producirse en un entorno competitivo y por parte de un operador tal que haga posible la recuperación de las ganancias sin que los competidores o consumidores puedan reaccionar y evitarlo. Igualmente, la doctrina económica considera que la clasificación de las conductas no conduce más que a imponer una «camisa de fuerza» a la autoridad de competencia que tiene la misión de enjuiciarla ya que: a) con frecuencia una misma conducta es subsumible en más de una categoría; b) los operadores en posición de dominio son capaces de inventar estrategias de exclusión y explotación que no se compadecen con ninguna de estas categorías, por lo que hacen más difícil su persecución; c) en cualquier caso, tal clasificación es irrelevante, puesto que lo importante, lo que debería centrar la atención de la autoridad de competencia, son los efectos que la conducta produce. *Vid.*, al respecto, Posner, R.A., *Antitrust Law*, The University of Chicago Press, 2001, p. 245 y ss; Areeda, P.; Kaplow, L., *Antitrust analysis*, Aspen Law & Business, 1997, p. 5 y ss.; Alfaro Aguila-Real, J., «Delimitación de la noción de abuso de posición de dominio», en *El abuso de la posición de dominio*, Fundación Rafael del Pino/Marcial Pons, Madrid 2006, p. 193 y ss.

3.2.1. Concepción objetiva del abuso

El abuso es un concepto objetivo que no depende de la intencionalidad de su autor, si bien el elemento de la culpabilidad de éste debe tomarse necesariamente en consideración a la hora de imponer una sanción.

El TJUE ha definido el concepto de abuso en el conocido asunto *Hoffmann- La Roche*⁴³ como:

un concepto objetivo que se refiere a la conducta de una empresa en posición dominante que llega a influenciar en la estructura del mercado cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita y que, recurriendo a métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales de bienes o servicios, tiene el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia aún existente en el mercado o el incremento de tal competencia.

Las consecuencias jurídicas esenciales que pueden extraerse de esta concepción objetiva del abuso son: de una parte, que el comportamiento de una empresa puede ser considerado abusivo aun cuando no medie intencionalidad alguna; de otra, que el comportamiento de una empresa en situación de posición de dominio que sea considerado abusivo puede, en cambio, ser ajustado a la legislación de competencia en el supuesto de que sea realizado por una empresa que no detente tal posición dominante.

No obstante lo dicho, el elemento de la intencionalidad de una conducta ha sido tenido en cuenta, tanto por las autoridades de competencia como por el Tribunal Supremo (TS) y la Audiencia Nacional (AN) en su función de revisión jurisdiccional, señalando que puede ser un buen indicio que contribuye a determinar, junto con otros elementos de análisis, el carácter abusivo o no de una conducta. Así, por ejemplo, en la sentencia del TS de 13 de diciembre de 2004, la intencionalidad de expulsar a un competidor se consideró el elemento esencial del tipo abusivo de precios predatorios, al punto que se casó la sentencia de instancia por no haber tenido en cuenta la intencionalidad de la empresa autora de la conducta. En parecidos términos se ha expresado la jurisprudencia del TS en sus sentencias de 30 de mayo de 2006 y de 4 de abril de 2006 en el que ha ratificado el carácter abusivo de una conducta sobre la base de que su intencionalidad o propósito era la expulsión del mercado de un operador o el cierre del mercado a nuevos entrantes.

Igualmente la CNC en el asunto *Iberdrola*⁴⁴ consideró el elemento de la intencionalidad de la conducta como fundamento del abuso de posición de dominio realizado por la citada empresa en el mercado de restricciones técnicas:

43. STJCE de 13 de febrero de 1979, asunto 85/76.

44. Resolución CNC de 14 de febrero de 2008, expte. 624/07.

La conducta de Iberdrola llevada a cabo con la central de Castellón 3 demuestra una clara intención de retirar energía del mercado diario para destinarla al mercado de restricciones técnicas, lo que supone una limitación de la producción de la energía eléctrica en el mercado diario por parte de este operador.

A pesar de ello, estos precedentes deben interpretarse a la luz de la ponderación del elemento subjetivo, tal y como ha señalado el TS en su conocida sentencia de 20 de junio de 2006 sobre el asunto *Planes Claros* en la que se dice lo siguiente:

A nuestro juicio lo decisivo para sancionar una conducta empresarial a título de explotación abusiva de la posición de dominio no es sólo el propósito subjetivo de la empresa sino el carácter objetivamente antijurídico de su actuación. La intención de “obstaculizar” la entrada de un nuevo competidor no es sancionable por este título si su instrumentación rehace por medios legítimos. Y es que, en realidad, la distinción entre lo que resulta ser la respuesta legítima de una empresa con posición dominante que ve amenazados sus propios intereses comerciales por los competidores (y puede reaccionar frente a ellos adoptando las medidas razonables que estime oportunas, pues su posición de dominio no le obliga a la mera pasividad) y lo que constituye explotación abusiva de su previa posición dominante, dicha diferencia, decimos, estriba más en las características objetivas de los medios de reacción que en la finalidad de esta última.

3.2.2. *La introducción del factor de razonabilidad: la justificación objetiva*

Uno de los problemas inherentes a la figura del abuso de posición de dominio se centra, en numerosas ocasiones, en determinar si algunas actuaciones de empresas con posición de dominio son consideradas como reacciones legítimas de dichas empresas frente a sus competidores para proteger sus intereses particulares o, si por el contrario, las mismas deberán caer bajo el ámbito de aplicación del art. 102 TFUE o 2 LDC. Así lo ha señalado el TPI en el asunto *Irish Sugar* al manifestar que:

las empresas con posición dominante tienen que mantener un difícil equilibrio, conjugando la obligación de ser competitivas en el mercado con un especial cuidado a fin de evitar la restricción de una competencia que por su presencia puede ya verse limitada.

La doctrina de la CNC al respecto ha distinguido en la empresa con posición de dominio los comportamientos lícitos, que son aquellos que pueden considerarse propios del espíritu competitivo que se espera de ella, y los comportamientos ilícitos, que son los que falsean la competencia en el mercado. La clave, en general,

para determinar la licitud de la conducta reside en que ésta tenga una *justificación objetiva*. En este sentido, el TDC en el asunto *Retevisión/Telefónica*⁴⁵ señaló que para apreciar si es objetiva la justificación, es necesario examinar los siguientes factores:

- i) componentes anticompetitivos de la conducta;
- ii) alcance de sus efectos;
- iii) intensidad y grado de la posición dominante;
- iv) amenazas que representan para los demás competidores;
- v) proporcionalidad de la respuesta;
- vi) intención excluyente o anticompetitiva de la empresa.

En el ámbito del mercado de generación de electricidad, especialmente en los aspectos relativos a las restricciones técnicas y al posible abuso de la posición de dominio de las empresas implicadas en el mismo, éstas han alegado la existencia de *justificaciones objetivas*, tales como el «fallo regulatorio» o la «mala regulación» como ha venido a denominarse en este sector el hecho de que los agentes estuvieran, desde el inicio de la operación del *pool* eléctrico, sometidos al sistema de oferta única en el mercado mayorista de electricidad, tal y como se regula en el RD 2351/2004, de 23 de diciembre. Sin entrar en el examen detallado de las justificaciones objetivas en el mercado eléctrico que será objeto de estudio a continuación, debe señalarse que, con carácter general, éstas no han sido admitidas por el TDC y se ha declarado la existencia de abuso.⁴⁶

Puede afirmarse, por lo tanto, que para determinar si nos encontramos ante un abuso de posición dominante o si, por el contrario, se trata de un comportamiento legítimo derivado del espíritu competitivo de la empresa con posición de dominio, debe examinarse si su CONDUCTA fue objetivamente necesaria para la defensa de sus intereses comerciales. Y este examen demanda tener en consideración si la empresa actuó de la misma manera a como lo habría hecho en una situación de competencia normal y suficientemente eficaz o si, por el contrario, empleó medios desproporcionados para defenderse de sus competidores aprovechando que la competencia se encontraba restringida por su presencia en el mercado.⁴⁷

45. Resolución de 8 de marzo de 2000, expte. 456/99

46. Resolución CNC de 28 de julio de 2008, exptes. 2600/05 *CNE/Empresas Sector*; 2771/07 *Endesa*, 2772/07 *Aceca* y 2773/07 *Iberdrola*. Vid., Guillén Caramés, J. 2009. «El abuso de posición de dominio en el sector eléctrico», en *Derecho de la Competencia y energía eléctrica*. Madrid: Thomson-Civitas, p. 260 y ss.

47. Vid., Pascual Seguros, J. 2000. «Doctrina reciente del Tribunal de Defensa de la Competencia en materia de abuso de posición dominante», *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 209, septiembre-octubre, p. 104.

3.3. RESPONSABILIDAD DE LA EMPRESA EN POSICIÓN DE DOMINIO

De la concepción objetiva del abuso de posición de dominio se desprende la idea de que una empresa dominante tiene, por revestir esta cualidad, una especial responsabilidad en su comportamiento, a la que son ajenas aquellas empresas no dominantes.

Es esta responsabilidad especial de la empresa dominante una doctrina muy asentada en la jurisprudencia comunitaria. En la sentencia *Michelin* el TJUE estableció que a la empresa que ostenta una posición de dominio le incumbe una especial responsabilidad en el mantenimiento de unas condiciones no distorsionadas en el mercado. Igualmente, el TG en el asunto *Irish Sugar* precisa que a la empresa en posición dominante:

le incumbe una responsabilidad especial de no impedir con su comportamiento el desarrollo de una competencia efectiva y no falseada en el mercado común.

Esta responsabilidad debe evaluarse teniendo en cuenta las particulares circunstancias que reflejen una situación de debilidad competitiva en el supuesto concreto, lo que exige examinar el grado de dominación de las partes y cualquier peculiaridad específica del mercado que pueda afectar a la situación concreta de la competencia en el mismo. De este planteamiento se desprende que cuanto más débil sea la competencia en un mercado, una responsabilidad mayor corresponderá asumir a la empresa dominante.

4. EL DERECHO DE LA COMPETENCIA Y MERCADO DE GENERACIÓN ELÉCTRICA: EL PROBLEMA DE LAS RESTRICCIONES TÉCNICAS COMO UN TIPO DEL ABUSO DE POSICIÓN DE DOMINIO

4.1. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA DE LAS RESTRICCIONES TÉCNICAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA

El art. 2.2.a) LDC dispone lo siguiente:

El abuso podrá consistir, en particular, en: a) La imposición, de forma directa o indirecta, de precios u otras condiciones comerciales o de servicio no equitativos

A pesar de que el concepto de precios excesivos plantea diversos problemas, tal y como ha destacado la doctrina, puede señalarse con carácter general que se han considerado como tales los que permiten a un operador dominante obtener un

margen de beneficio extraordinario, superior al que se obtendría en condiciones competitivas, de manera sostenida.⁴⁸

Los precios excesivos son susceptibles de causar los siguientes efectos:

- i) Por un lado, si se aplican directamente a los consumidores, producen efectos de explotación, puesto que reducen el bienestar del consumidor al hacerle pagar más por un bien o servicio de lo que pagaría si el precio de éste se mantuviera en un nivel competitivo; o al impedirle incluso la adquisición del bien o la contratación del servicio;
- ii) Por el otro, si se aplican a procesos intermedios de la cadena de producción, causan también efectos de exclusión, puesto que encarece el *input* de las empresas situadas en mercados descendentes, que pueden, o bien trasladarlos al consumidor, o bien retirarse del mercado por la incapacidad para obtener rentabilidad.⁴⁹

Fiel reflejo de lo anterior son las diversas resoluciones dictadas por el antiguo TDC y la actual CNC respecto a determinadas empresas de generación de electricidad por realizar ofertas la mercado diario de generación de energía eléctrica a precios excesivos con la finalidad de no participar en este mercado y reservar su producción para generar en un contexto de restricciones técnicas, logrando por su energía un precio superior al que habría percibido en el mercado diario, y ello basándose en su posición de dominio en la zona afectada por restricciones técnicas.⁵⁰

Así, por ejemplo, en el asunto *Viesgo Generación* los argumentos que sirvieron para declarar el abuso de posición de dominio por parte de la citada empresa eran, en primer lugar, que las centrales de Puertollano y Puentenuevo estaban en posición de dominio en la zona Centro-Sur durante 6 días y las de Algeciras se encontraban en idéntica situación en la zona Sur durante 8 días. Además, los precios de oferta de estas centrales (PMP) fueron muy superiores a los precios que se estaban formando en el mercado diario (PMD) en los periodos investigados. En este sentido, las cuatro centrales de generación investigadas casaron muy poco en el mer-

48. Como señala C. Dorronso, la prohibición de precios excesivos «refleja las diferencias de concepto y alcance entre las teorías ordoliberales y las intervencionistas acerca del objetivo de la política de competencia. De acuerdo con las primeras, el monopolista es libre de determinar el precio que le permita maximizar el beneficio, puesto que se considera, por influencia de la escuela de Chicago, que la regulación de los precios por parte de la autoridad de competencia o la capacidad de pronunciarse sobre qué precio se considera justo (que supone determinar qué ganancia se considera razonable) constituyen una intromisión intolerable a la libertad de empresa y mercado», *vid.*, «Artículo 2», *Derecho español...*, *op. cit.*, p 160 y ss.

49. Sobre esta problemática, *vid.*, Agosti, L.; Padilla, A.J. 2009. «Precios excesivos», en *Derecho de la Competencia y energía eléctrica*. Madrid: Thomson-Civitas.

50. Entre otras, pueden consultarse las siguientes: Resoluciones TDC 552/02 *Empresas eléctricas*, de 7 de julio de 2004; 602/05 *Viesgo Generación*, de 28 de diciembre de 2006; 601/05 *Iberdrola Castellón*, de 8 de marzo de 2007; Resoluciones CNC 624/07 *Iberdrola*, de 14 de febrero de 2008; 625/07 *Gas Natural*, de 25 de abril de 2008, y Resolución CNC sobre propuesta de archivo de los exptes. 2600/05 *Empresas sector*, 2771/07 *Endesa*, 2772/07 *ACECA*, 2773/07 *Iberdrola*, de 28 de julio de 2008.

cado diario, sus PMP fueron muy superiores a sus costes variables revelados (CVR), y los incrementos en los PMP no se justificaban por incrementos en el precio del combustible. Asimismo, resultó probado que durante los periodos objeto de la investigación las cuatro centrales fueron sistemáticamente llamadas a restricciones técnicas, de tal modo que el grado de incertidumbre sobre la posibilidad de ser llamado a resolver restricciones técnicas era bajo por el conocimiento de la demanda estimada y por el conocimiento de los grupos indisponibles.

En consecuencia el TDC resolvió que *Viesgo Generación* fue responsable de un abuso de posición de dominio consistente en *ofertar al mercado diario a precios superiores a sus CVR, con el objeto de no casar en dicho mercado y sabiendo que sería llamada a restricciones técnicas, y pagada a su precio de oferta al diario, porque su energía era necesaria para satisfacer la demanda de la zona, al ser la única disponible en la misma.*

Otro caso importante de precios excesivos en el mercado de restricciones técnicas lo constituye el asunto *Iberdrola*, en el que el SDC propuso sancionar a la citada empresa por la conducta seguida en la Central de Castellón 3 durante el segundo semestre de 2004 y enero y febrero de 2005. Se fundamentaba dicha postura en que la posición de dominio de la Central Castellón 3 en lugar de ofertar un precio con intención de generar en el mercado diario realizó ofertas a PMP muy superiores al PMD, por lo que deja de casar en el diario y pasa a generar en restricciones técnicas, de tal modo que los niveles de PMP fueron muy superiores a los PMD y a los CVR. De acuerdo con estos hechos, el SDC consideró que la Central podría haber casado sin pérdidas en el diario entre el 19 de junio y el 31 de diciembre de 2004 en 107 de los 196 días, y que de esos 196 días en 185 fue llamada a restricciones técnicas. Además todos esos días acudió una vez rellena su programación en el intradiario, lo que hizo que su régimen final de funcionamiento fuese similar al diario y, por lo tanto, los costes de generación de ambos regímenes son similares. Finalmente se acreditó que los ingresos obtenidos en este mercado, 31 euros/MWh, fueron superiores a sus CVR estimados, de 24 a 30 euros/MWh.

Una vez analizados estos hechos, la CNC estimó que *Iberdrola Generación* había incurrido en abuso de posición dominante al ofertar al mercado diario de la energía eléctrica precios encaminados no a su casación en dicho mercado, sino a generar en situación de restricciones técnicas, en cuya situación era el único posible oferente, conducta que tuvo lugar de forma continuada para la Central de Castellón 3 en el periodo examinado. En general los fundamentos empleados por la CNC pueden sistematizarse en los siguientes:

- i) La conducta de la empresa de generación llevada a cabo en la central de Castellón 3 demuestra *una clara intención* de retirar energía del mercado diario con el fin de destinarla al mercado de restricciones técnicas, lo que supone una limitación de la producción de energía eléctrica en el mercado diario por parte de este operador.

- ii) El resultado de esta conducta fue beneficioso para la central citada, ya que sus ingresos unitarios fueron efectivamente muy superiores a los ingresos unitarios de sus competidores.
- iii) La práctica analizada que constituye el abuso de posición de dominio consiste en retirar oferta del mercado diario para colocar esa oferta en el mercado de restricciones técnicas, y posteriormente completar el programa de generación acudiendo al mercado intradiario.

Se observa claramente por medio de estos dos casos la problemática existente en el mercado mayorista de producción de energía eléctrica y que reside básicamente en la compleja formación de los precios en el mercado diario, así como en la valoración de los costes que va a servir de referencia para delimitar la oferta que las generadoras envían al mercado. En definitiva, la tensión gira en torno a si el coste de funcionamiento de las centrales de producción de energía eléctrica es el mismo o no en el mercado diario o en el de restricciones técnicas. Esta será una de las claves para poder determinar si se da o no el abuso de la posición de dominio que ostentan determinadas centrales en el mercado de restricciones.

Resulta interesante, a los efectos de nuestro estudio, examinar las distintas pautas de análisis que ha llevado a cabo la CNC, así como los Tribunales de Justicia, concretamente la AN y el TS para determinar la existencia o no del abuso.

4.1.1. *La delimitación del mercado relevante*

En primer lugar, en lo concerniente al *mercado relevante*, la CNC ha delimitado el mismo señalando que éste es el de suministro de electricidad en restricciones técnicas. Se había planteado la posibilidad de que el mercado relevante fuera el mercado mayorista, si bien la CNC ha descartado esta posibilidad en base a los siguientes argumentos: *a)* desde la perspectiva del análisis de defensa de la competencia, cada una de las fases en las que se organiza la generación de energía eléctrica en el sistema peninsular español presenta los elementos básicos para que puedan ser considerados mercados relevantes; *b)* por otro lado, desde la perspectiva del producto, la propia configuración secuencial en el tiempo, derivada de la lógica del sistema de funcionamiento, hace que estos productos no sean sustituibles entre sí, como tampoco sería sustituible su oferta, y por tanto se trata de cuatro mercados diferenciados: el diario, el de restricciones técnicas, el intradiario y el de servicios complementarios, y *c)* dada la evidente conexión entre ellos, de manera especial entre el diario y el de restricciones técnicas, se les ha considerado como mercados conexos, en el sentido de que la posición de dominio que se ostenta en el mercado de restricciones técnicas tiene efecto en el precio del mercado diario, en el que no tiene por qué mantener la misma posición de dominio.

Esta posición mantenida por la CNC fue objeto de crítica por parte de las empresas eléctricas afectadas argumentando que el único mercado relevante es el

mercado de generación eléctrica, y que el mecanismo de restricciones técnicas no es un mercado en sí mismo, sino un sistema de ajustes empleado para soluciones de acuerdo con criterios estrictamente técnicos problemas que se presentan en la red eléctrica en tiempo real. En este sentido, no existe una demanda que participe en este proceso, y quien decide qué grupos eléctricos han de producir más o menos electricidad no son los sujetos implicados en el libre mercado, sino el operador del sistema (REE), que actúa con la finalidad de garantizar la seguridad, calidad y fiabilidad del suministro.

Por su parte, la doctrina científica que ha estudiado esta problemática se ha mostrado crítica con la delimitación del mercado efectuada por la CNC. En este sentido, J. M. SALA ARQUER ha señalado que «la idea de un mercado de restricciones técnicas no pasa de ser una construcción artificiosa, diseñada para basar en ella una supuesta posición dominante, de la que se habría abusado», por lo tanto el mecanismo establecido por la norma «no es tanto el de un mercado, como el de la imposición de una obligación de servicio público, que recae sobre la empresa titular de la unidad o unidades de producción designadas por el operador del sistema».⁵¹ Esta opinión, que comparto, encuentra su apoyo argumental en la deficiente regulación existente en este momento en el mercado de producción de electricidad que obligaba a las empresas a presentar una oferta única al mercado, precio que podía ser utilizado tanto en el mercado diario como en el de ajuste del mismo, esto es, en el de restricciones técnicas, que como puede observarse no implica la existencia de dos mercados, sino de uno solo, ya que de otro modo resulta difícilmente imaginable que las empresas hicieran la misma oferta en ambos mercados cuando los costes de producción deberían ser distintos, por lo menos desde una perspectiva económica racional.

No obstante, la jurisprudencia del TS, concretamente en las sentencias de 27 y 28 de enero de 2010, no entra a cuestionar la delimitación del mercado realizado por la autoridad de competencia, dando por bueno el delimitado por la CNC que es el mercado de restricciones técnicas.

4.1.2. La posición de dominio de las empresas incursas en un posible abuso

Por lo que se refiere a los aspectos relativos a si se tiene o no *posición de dominio* en este mercado relevante, la CNC ha abordado su estudio basándose en el doble test de «independencia de comportamiento» para valorar la conducta y de «obstaculización de la competencia efectiva» para valorar el efecto.

51. *Vid.*, al respecto, «La solución de restricciones técnicas en el mercado de producción de energía eléctrica», en *Derecho de la Competencia y energía eléctrica* (Dir. J. Guillen Carames), Thomson-Civitas, Madrid 2009, p. 235 y ss. Igualmente, *vid.*, Lagunade Paz, J.C. 2009. *Los servicios de interés económico general*. Madrid: Thomson-Civitas; y Del Guayo Castiella, I. 2010. «Los procedimientos de resolución de restricciones por garantía de suministro y de restricciones técnicas (análisis del Real Decreto 134/2010, de 12 de febrero)», LA Ley, núm. 7416.

No obstante, lo primero que debe destacarse respecto a la posición dominante en el mercado de restricciones técnicas es que en líneas generales, todas las centrales ubicadas en esas zonas que pueden resolver las restricciones técnicas resultantes del PBDF suelen pertenecer al mismo grupo empresarial. Por lo tanto, el operador del sistema, ante la exigencia de restricciones técnicas en estas zonas, sólo puede llamar para su resolución a dichas empresas, ya que son el único oferente en el mercado, lo que ha conllevado que las autoridades de competencia declaren la posición de dominio de las mismas.⁵²

A) *La independencia de comportamiento*

Respecto a la *independencia de comportamiento*, tanto de competidores, como de clientes, suele quedar demostrada al comparar el precio final que obtienen las empresas de generación por la energía generada en sus centrales y el precio que obtienen dichas empresas y sus competidoras con centrales de idéntica tecnología situadas en zonas que, o bien no son de restricciones técnicas y, en consecuencia, ningún operador tiene posición de dominio, o bien, aunque se encuentren en zonas de restricciones técnicas, se dedican a generar en el mercado diario.

No obstante, resulta complicado admitir en un contexto fuertemente regulado como es el sector eléctrico la posible independencia de comportamiento de las empresas eléctricas, al menos en términos absolutos. De este modo, no son las empresas las que generan la decisión de poner en marcha el mecanismo de restricciones técnicas sino que es el gestor del sistema (REE) junto con el operador del mercado (OMEL) los que gozan de la potestad, materialmente administrativa, de poner en marcha este sistema para solucionar los desajustes del mercado. Incluso aun cuando las empresas generadoras pudieran presentar al mercado diario en unos días concretos y para ciertas centrales, unas ofertas de electricidad a precios excesivos, tras hacer un cálculo de previsibilidad de que dichas centrales serían excluidas de la casación diaria y serían llamadas a resolver en restricciones técnicas, resulta del todo necesario, tal y como afirma el TS, demostrar, con *el rigor exigible*, que dichas empresas tenían la total seguridad de que serían las llamadas, lo que no ha quedado suficientemente demostrado por las autoridades de competencia.

B) *La intencionalidad*

Otro elemento examinado por las autoridades de competencia es el relativo a la *intencionalidad de las empresas* de generación, hecho que es puesto de manifiesto al

52. Así, por ejemplo, en el asunto *Iberdrola*, su cuota de mercado era del 100 por 100, dada su situación de monopolista. En consecuencia, la sustituibilidad de la oferta es nula, ya que no existe en la zona ninguna otra unidad de generación que pertenezca a un operador distinto de Iberdrola. Igualmente, la sustituibilidad de la demanda es inexistente, porque nada puede sustituir a la generación de las unidades de generación ubicadas en la zona para resolver la restricción técnica. Finalmente, la competencia potencial sería posible o bien con nuevas instalaciones de generación en la zona, o bien con inversiones en red que permitieran ampliar el perímetro delimitado por la restricción e incluir así otras unidades de generación capaces de resolver la restricción. Sin embargo, estas posibles soluciones requieren inversiones elevadas, así como largos procesos de construcción y, por tanto, sólo podría servir a medio y largo plazo.

retirar ésta energía del mercado diario para destinarla al mercado de restricciones técnicas, lo que implica una limitación de la producción de energía eléctrica en el mercado diario por parte de los operadores que realizan estas prácticas. En este sentido, el TDC en el asunto *Iberdrola*⁵³ diferenció los comportamientos de la misma y sus efectos de la siguiente forma:

(...) Iberdrola tiene independencia de comportamiento y que la ejerce cambiando su estrategia de oferta cuando el nivel de precios del mercado diario no resulta ser de su interés. Este cambio consiste en pasar de una estrategia, que denominaremos estrategia de “ofertar al diario”, a otra que denominaremos estrategia de “ofertar a restricciones”. (...)

La estrategia de “ofertar al diario” consiste en ofertar a unos precios inferiores a los precios esperados del mercado diario, de manera que toda la energía así ofertada será casada en este mercado diario, y remunerada al precio de casación de dicho mercado, el precio denominado PMD en los gráficos, y al que se remunera a toda la energía del sistema que participa en este mercado. La estrategia de “ofertar a restricciones” consiste en ofertar a un precio superior al precio esperado del mercado diario, de tal manera que las unidades de generación así ofertadas no serán casadas en el mercado diario, y quedarán en disposición de ser llamadas a generar en restricciones, en cuyo caso serán remuneradas al precio ofertado, totalmente independiente del precio del mercado diario, y sustancialmente más alto. Las horas del día que no funcionan en restricciones técnicas acuden al mercado intradiario, evitando así paradas y arranques indeseados.

El resultado de este comportamiento, podría ser prueba de su intencionalidad, puesto que sus ingresos unitarios son efectivamente muy superiores a los ingresos unitarios de sus competidores, e incluso de sus propias centrales de igual tecnología sometidas a la presión competitiva del mercado diario. Sin embargo, a juicio del TS (sentencia de 27 de enero de 2010), no ha resultado probado «con la seguridad exigible para sancionar» derivada del principio de legalidad en materia sancionadora, las dudas derivadas de tomar en cuenta la singular situación de la demanda en las fechas en las que se produjo el presunto abuso.

C) La justificación objetiva: el problema del cálculo de los precios y costes

Finalmente, para valorar si este tipo de conductas puede resultar abusiva o no, la CNC examina si se dan o no elementos de *justificación objetiva* por parte de las empresas. Respecto a este punto las empresas generadoras de energía alegaron que el comportamiento que realizan se encuentra plenamente justificado debido a varias causas objetivas: a) aquellas relativas a que los precios bajos del mercado

diario hacen que las generadoras en determinados periodos incurran en pérdidas; *b*) aquellas que se justifican en que la diferencia de costes de funcionar en el mercado diario o en el de restricciones justifican los diferentes precios ofertados; *c*) aquellas consistentes en que la diferencia de rendimiento de la central en una u otra situación como consecuencia del diferente nivel de carga, los costes de paradas y arranques que requiere el funcionamiento de restricciones técnicas, *d*) o la diferencia de horas de funcionamiento que no permite maximizar otras eficiencias productivas. En definitiva, el origen de la justificación objetiva se encontraría fundamentado en un fallo regulatorio derivado del sistema de oferta única.⁵⁴

Sin embargo, en la mayor parte de los asuntos de los que ha conocido la CNC, ésta ha descartado dichas causas objetivas de justificación, ya que las empresas de generación no han conseguido probar el por qué del alto y continuado nivel de restricciones técnicas en determinadas zonas. Así, lo señaló la CNC en el asunto *Iberdrola*:⁵⁵

Existe pues una correlación positiva entre el comportamiento llevado a cabo por Iberdrola y el nivel de restricciones técnicas experimentado en la zona, sin que Iberdrola haya acreditado ni sugerido una causalidad que explique el incremento extraordinario de este problema. Si bien este Consejo es consciente de que la correlación no tiene porque implicar causalidad, lo cierto es que evaluadas otras posibles causas como son los incrementos de demanda, las indisponibilidades de otras centrales de producción, o posibles fallos del sistema de transporte, no se han encontrado que ninguno de ellos se haya presentado con la intensidad y la continuidad en el tiempo tales como para explicar este alto y continuado nivel de restricciones técnicas en la zona (...).

De esta manera, puede afirmarse, en opinión de la CNC, que la aparición de restricciones técnicas y su resolución tienen, por sí mismas, un claro efecto de distorsionar los resultados competitivos del mercado, derivado de la interrelación entre el mercado diario y el de restricciones técnicas. Así, ocurre que unidades casadas en la primera fase, en la que funciona un sistema de libre competencia, deben ser retiradas, quedarán sin generar y dejarán de percibir, por lo tanto, los ingresos que les deberían corresponder. A ello se añade que unidades no casadas en la fase anterior, debido a que su precio superaba el precio de casación, es decir,

54. Debe recordarse que en la actualidad el sistema de oferta única ha sido modificado por el RD 2351/2004, de 23 de diciembre, por el que se modifica el procedimiento de resolución de restricciones técnicas y otras normas reglamentarias del mercado eléctrico y, por el RD 134/2010, de 12 de febrero, que crea un nuevo procedimiento de operación en el sistema eléctrico español, relativo a la resolución de las restricciones por garantía de suministro, que persigue concretar la decisión política de potenciar el consumo de carbón nacional para la generación eléctrica y que debe coexistir con un procedimiento ya existente, de resolución de restricciones técnicas, de naturaleza controvertida por las distorsiones del mercado que provoca.

55. Resolución de 14 de febrero de 2008, expte. 624/07.

el de la primera fase, deben ser incorporadas al sistema y remuneradas al precio ofertado por ellas inicialmente. Y, por último, el precio de la energía final se verá incrementado, al tener que añadirle el sobrecoste que conlleva tener que generar para resolver las restricciones técnicas. Es decir las ofertas que se hagan en el primer mercado condicionan la formación del segundo, ya que las ofertas configuran el programa de generación, y este programa es el que va a condicionar la aparición del segundo, esto es, el de restricciones. Este comportamiento es el que se considera, en consecuencia, abusivo.

El problema radica, entonces, en conocer cuál debe ser la metodología correcta para efectuar el cálculo de costes y precios, es decir, si existía una obligación de realizar una oferta única por parte de las empresas generadoras de electricidad, el coste de producción de ésta ¿es el mismo en el mercado diario o, en el caso de ser llamadas a restricciones técnicas el coste de generación es superior y, por lo tanto, podría encontrarse justificado un precio superior?

Esta problemática ha sido resuelta por el TS en su sentencia de 27 de enero de 2010 al señalar lo siguiente:

Admitiendo sin embargo, a efectos dialécticos, que la citada oferta única tuviera que venir referenciada a los costes de producción, el contraste no debería ser hecho entre los precios históricos de casación en el mercado diario con los percibidos por las centrales cuando fueran llamadas a resolver restricciones técnicas (ya hemos dicho que son regímenes distintos de funcionamiento). En un escenario previsible de restricciones técnicas, el factor de referencia serían los costes típicos consiguientes a este mecanismo, que pueden diferir de los incurridos en un régimen “normal” de funcionamiento sin restricciones.

Desde esta perspectiva, en el expediente administrativo había motivos para sostener que la estimación previa de los precios de las centrales relativos a los días de autos se correspondía con los precios ofertados en otras ocasiones para el mismo escenario. De hecho, datos obrantes en diversos informes (...) ponían de relieve cómo los precios ofertados en los tres días de noviembre no se desviaron sensiblemente (en algunos casos fueron inferiores) a los precios con los que se resolvieron las restricciones técnicas en otros meses del mismo año 2001 y, lo que también es significativo, a los correspondientes a unidades de producción análogas en otras zonas geográficas en las que se admite que no hay posición de dominio.

Ello hace que el TS y la AN anulen en esta sentencia y, en otras posteriores, las sanciones impuestas a determinadas empresas eléctricas por haber incurrido, a juicio de la CNC, en un abuso de posición de dominio por haber ofertado en el mercado diario de la energía a precios encaminados no a su casación en el citado mercado, sino a generar una situación de restricciones técnicas, en cuya situación el único posible oferente eran las empresas sancionadas en los diferentes expedien-

tes incoados por la CNC. Pueden entonces extraerse de la jurisprudencia examinada las siguientes conclusiones que configuran la jurisprudencia en esta temática:

- a) No deben ligarse precios a costes variables, premisa que no se corresponde con un sistema de mercado libre. No obstante, en el supuesto de que se pudiera admitir, el parámetro de referencia para la estimación de los costes no pueden ser los precios históricos de casación en el mercado diario sino los correspondientes precisamente a las centrales llamadas a resolver en restricciones técnicas.
- b) No pueden obviarse las consecuencias derivadas de la unicidad de la oferta, no obstante se encuentre dirigida a dos hipótesis de despacho (el mercado diario o el de restricciones técnicas) bien diferenciadas, una de las cuales conlleva determinados sobrecostes asociados al régimen de solución de restricciones técnicas.
- c) La estimación de que las empresas ofertaron por sus centrales unos precios desmesurados, como estrategia de autoexclusión intencionada en el mercado diario para quedar reservadas a la fase de restricciones, requiere un examen objetivo de costes totales.

4.2. DISFUNCIONES EN EL MERCADO ELÉCTRICO CAUSADAS POR EL ENTRECRUZAMIENTO DE LA REGULACIÓN Y LA LIBRE COMPETENCIA

Como se ha podido comprobar a lo largo de este artículo, uno de los problemas fundamentales y, en mi opinión, sin que hasta la fecha haya sido del todo resuelto, al menos en el sector energético, proviene de la interconexión de dos fuerzas gravitatorias sobre un mismo ámbito material. Por un lado, la proveniente del Derecho de la Competencia, que es la encargada de supervisar el buen funcionamiento de los mercados libres y, por el otro, de la regulación energética que es la que diseña el mercado de la energía. Pues bien, en este ámbito, como ocurre en otros sectores regulados, el entrecruzamiento de mercado libre con elementos regulatorios crea una serie de disfunciones que hace que la toma de decisiones por parte de las autoridades administrativas que intervienen en el mismo –CNC y CNE– sea compleja y complicada, arrojando resultados que suelen ser puestos en tela de juicio por las empresas intervinientes en dichos mercados. En algunas ocasiones, las decisiones emanadas de dichas autoridades no son coincidentes o, incluso, pueden resultar contradictorias, lo que crea una situación de incertidumbre y de inseguridad jurídica en los sujetos que operan en el mercado de generación eléctrica, lo que no favorece a un correcto funcionamiento del mismo. Ello se debe en buena parte a mezclar principios de mercado libre que persiguen unas finalidades concretas con elementos de regulación que buscan otra serie de objetivos, si bien ambos extienden su actuación sobre un mismo ámbito material.

Por lo tanto, resulta fundamental establecer una serie de pautas claras en el funcionamiento del mercado de generación eléctrica con la finalidad de evitar las disfunciones que se están provocando en el mismo. No resulta lógico que si estamos hablando de un mercado liberalizado en el que las empresas participantes en el mismo pueden y deben tomar libremente sus decisiones empresariales, teniendo que estar sujetas únicamente a las reglas de Derecho de la Competencia, se introduzcan complejos elementos de regulación que alteren ese mercado libre, produciéndose las disfunciones que hemos examinado a lo largo de este trabajo.

Entiendo la problemática que se deriva de la materia energética, especialmente en lo relativo al suministro, cuestión especialmente sensible desde diversas perspectivas (económica, social, política, etc.), si bien ello no debe ser un obstáculo para que las reglas de funcionamiento del mercado de producción eléctrica sean más claras y sencillas. Quizás deberíamos plantearnos la necesidad o no de que exista un mercado libre de producción de electricidad tal y como está configurado en la actualidad. En el caso de que la opción sea la del mercado libre en sentido estricto, éste debería funcionar como cualquier otro mercado, es decir en un régimen de libre competencia y con una intervención mínima de la regulación sobre el mismo. En caso de que la opción sea una mayor intervención de la regulación sobre este sector, debería entonces quedar excluida la aplicación de las normas de competencia sobre el ámbito de la producción energética y aplicar, en consecuencia y con carácter exclusivo, normas de regulación sobre esa actividad, sin perjuicio de mantener los adecuados instrumentos de colaboración con las autoridades de competencia con el objeto de poder diseñar las medidas de regulación más adecuadas para este sector.⁵⁶

56. Resulta del máximo interés el trabajo de Bacigalupo Saggesse, M. 2009. «La coordinación y delimitación de funciones entre las autoridades de competencia y el regulador sectorial energético», en *Derecho de la Regulación Económica*, Vol. III Sector Energético. Madrid: Iustel.

LA SAGA SCHNEIDER: UN FINAL DECEPCIONANTE

YOLANDA MARTÍNEZ MATA^{1*}

Abogada
Garrigues

1. INTRODUCCIÓN

Los requisitos de la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias parecían sólidamente fijados desde que la jurisprudencia posterior a *Brasserie du Pêcheur*² y a *Bergaderm*³ viniera confirmando los criterios allí establecidos (violación, daño y nexos causal). Tradicionalmente, el escollo principal ha venido consistiendo en demostrar la concurrencia del primero de los requisitos, puesto que, según jurisprudencia constante, debe demostrarse la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica destinada a conferir derechos a los particulares. El criterio decisivo es el margen de apreciación de que disponga la institución en cuestión a la hora de actuar. Si el margen de apreciación es reducido, el requisito de la violación es más fácil de cumplir. Si, por el contrario, la discrecionalidad es amplia, resulta muy complicado convencer a los tribunales comunitarios de la procedencia de la indemnización.

En casos de prohibición incorrecta de una operación de concentración, es evidente que, al menos conceptualmente, podría generarse la responsabilidad extracontractual de la Comisión, pero también lo es que el margen de apreciación de la Comisión en casos que implican valoraciones económicas complejas es necesaria-

1. La autora agradece los comentarios y conversaciones con Stefan Rating, Mercè Reverter, David Sanz y Joan Torrelles durante la elaboración del artículo.
2. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actualmente y en adelante, «Tribunal de Justicia») de 5 de marzo de 1996, en los asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93 – *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, Rec. I-01029. Como es sabido, si bien éste era un caso de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por incumplimiento del derecho comunitario, el Tribunal dejó claro allí, por primera vez, que los criterios de la responsabilidad extracontractual no tenían por qué ser diferentes para los Estados miembros y para las instituciones comunitarias. *Brasserie*, §§ 40 – 42.
3. Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2000, en el asunto C-352/98 – *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA y Jean-Jacques Goupil c. Comisión*, Rec. I-05291.

mente elevado. Por lo tanto, puede resultar especialmente complicado superar el test de la «violación suficientemente caracterizada».

El Tribunal de Justicia ha tenido recientemente la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión y, como era de esperar, ha dejado claro en la Sentencia *Schneider IV*⁴ que, como cuestión de principio, los requisitos tradicionales de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad son igualmente aplicables en casos de competencia. Si bien es cierto que se trata de un ámbito en el que el margen de apreciación es elevado, no cabe concluir automáticamente que cualquier irregularidad en esta área quedará cubierta por dicho margen. Si la violación lo es de normas de procedimiento, la Comisión no quedará amparada por su poder discrecional y se podrá generar su obligación de responder por los eventuales perjuicios causados.

Hasta aquí nada nuevo, más allá de aplicar por vez primera la jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual en el marco de operaciones de concentración incorrectamente prohibidas. Sin embargo, el Tribunal no se ha quedado aquí. Además, ha endurecido notablemente el requisito del nexo causal, exigiendo no sólo una relación «suficientemente directa» entre la violación y el daño, sino también, aunque no lo diga en términos tan claros, que la violación sea la causa directa, inmediata y exclusiva del daño. Cualquier factor externo que intervenga en la causación del daño puede ser utilizado por el Tribunal para apreciar la ruptura del nexo causal.

En este artículo se analizan algunos de los argumentos utilizados por el Tribunal de Justicia y, con anterioridad, por el Tribunal General en el caso *Schneider*, para tratar de demostrar que las conclusiones del primero respecto al requisito de la causalidad no son necesariamente consistentes con la jurisprudencia anterior sobre responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias. Aun debiendo aceptar la posibilidad de ruptura del nexo causal por la intervención de factores externos, exigir que la violación de la Comisión sea la única causa del daño es ir demasiado lejos y convierte el artículo 288.2 CE (actual artículo 340.2 TFUE) en prácticamente inoperante.

2. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA COMISIÓN POR PROHIBICIÓN INCORRECTA DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN: EL MARCO DE ANÁLISIS ANTES DE SCHNEIDER

El caso *Schneider* ha sido el primero en que los tribunales de la Unión han debido dilucidar el alcance de la responsabilidad extracontractual de la Comisión por

4. Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2009, en el asunto C-440/07 – *Comisión c. Schneider Electric SA*, aún no publicada en la Recopilación (en adelante, «Schneider IV»).

prohibición incorrecta de una operación de concentración.⁵ Conviene pues analizar, antes de entrar a valorar la razonabilidad de los fundamentos jurídicos de la sentencia, las reglas de juego de las que partía el Tribunal de Justicia para dictar su fallo.

2.1. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EN GENERAL

El actual artículo 340.2 TFUE establece que «en materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros». Los términos del precepto no son especialmente claros y, por lo tanto, la labor de la jurisprudencia en la delimitación de los «principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros» y, en definitiva, de los requisitos de la responsabilidad extracontractual de la Unión ha sido especialmente importante.

Dejando de lado una primera etapa en que el criterio fundamental estribaba en la naturaleza, normativa o no, del acto impugnado,⁶ en el año 2000 el Tribunal de Justicia dictó la fundamental Sentencia *Bergaderm* en que no sólo reiteró (por primera vez en sede de responsabilidad institucional) que los criterios de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad no debían diferir en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad generadora del daño,⁷ sino que además consideró que el punto de inflexión para la apreciación de las pretensiones de indemnización era la facultad de apreciación de que gozara la institución comunitaria en cuestión en cada caso particular.⁸

Desde aquella sentencia y según ha venido confirmando y depurando la jurisprudencia posterior,⁹ está claro que para que nazca la responsabilidad extracontractual de la Unión es preciso que concurren cumulativamente los siguientes requisitos: (i) ilegalidad del comportamiento imputado a una institución comunitaria; (ii) realidad del perjuicio, y (iii) existencia de una relación de causalidad directa

5. No así en el ámbito más amplio de la aplicación de las reglas sobre competencia. *Vid.*, por ejemplo, Sentencia del TJCE de 7 de noviembre de 1985, en el asunto C-145/83 – *Stanley George Adams c. Comisión*, Rec. 03539. En ella, el Tribunal reconoció parcialmente las pretensiones del demandante solicitando una indemnización como consecuencia de los perjuicios sufridos por la violación de la obligación de confidencialidad que incumbía a la Comisión. El demandante había denunciado a la compañía suiza Hoffmann-La Roche, en la que trabajaba, por posibles prácticas anticompetitivas y la Comisión vulneró la obligación de preservar su identidad.

6. Entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de diciembre de 1971, en el asunto C-5/71 – *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt c. Consejo*, Rec. 00975.

7. *Bergaderm*, § 41, citando *Brasserie du Pêcheur*, § 42.

8. *Bergaderm*, § 43.

9. Recientemente, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (actualmente y en adelante, «Tribunal General») de 9 de septiembre de 2008, en el asunto T-212/03 – *MyTravel Group plc c. Comisión*, Rec. II-01967.

entre el comportamiento alegado y el perjuicio invocado. El primer y el tercer requisito son los que han merecido mayor elaboración jurisprudencial.

En cuanto al requisito de la ilegalidad cometida por la institución, la violación debe serlo de una norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares y debe ser «suficientemente caracterizada». Desde *Bergaderm*, el criterio decisivo es la inobservancia manifiesta y grave, por parte de una institución, de los límites impuestos a su facultad de apreciación.¹⁰ Así, cuando el margen de apreciación es considerablemente reducido o inexistente, la mera infracción del Derecho de la Unión puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada. Sin embargo, cuando el margen de apreciación es elevado, demostrar la concurrencia del requisito deviene mucho más oneroso.

Por lo que se refiere al requisito del nexo causal, debe existir una relación de causalidad «suficientemente directa» entre la ilegalidad cometida por la institución comunitaria y el perjuicio sufrido por el interesado. Que sea o no una causa suficientemente directa ha sido objeto de decisiones no siempre consistentes por parte de la jurisprudencia comunitaria. Sin ánimo de realizar aquí un estudio exhaustivo del complejo instituto de la causalidad, conviene señalar algunos conceptos que han sido utilizados de forma recurrente por los tribunales de la Unión –aunque, como hemos dicho, no siempre de forma consistente–, a saber:

- i) Debe analizarse qué hubiera ocurrido en ausencia de la ilegalidad cometida por la institución en cuestión.¹¹ La relación de causalidad existiría si se supera el test de la *conditio sine qua non*¹² y el daño excede los riesgos normales de la actividad comercial y las decisiones empresariales del perjudicado.
- ii) El demandante de indemnización –el damnificado– tiene la obligación de intentar mitigar el perjuicio.¹³
- iii) Relacionado con el criterio anterior pero sin ser exactamente lo mismo, la negligencia contributiva o concurrente por parte del damnificado puede ser utilizada por los tribunales comunitarios tanto para reducir la cuantía del perjuicio indemnizable como para apreciar la ruptura del nexo causal.¹⁴

10. Sobre la importancia de la discrecionalidad o margen de apreciación en la jurisprudencia comunitaria sobre responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias, *vid.*, Hilson, C. «The role of discretion in EC law of non-contractual liability», *Common Market Law Review*, nº 42, 2005, p. 677-95.

11. Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 2000, en los asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90, *Mulder y otros c. Consejo y Comisión*, Rec. I-00203, § 63.

12. Cauffman, C. 2010. «Schneider IV: the Commission can indeed be liable for its merger decisions... if the conditions for liability are satisfied», *European Competition Law Review*, nº 1, p. 1-7.

13. Así, por ejemplo, tanto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2003, en el asunto C-472/00 P – *Comisión c. Fresh Marine Company A/S*, Rec. I-07541, §§ 46 y 47, como en *Mulder*, § 168, se habló de la obligación de mostrar una «diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio».

14. En *Fresh Marine*, § 66, en *Adams*, §§ 53 y 54, y en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 1990, en el asunto C-308/87 – *Alfredo Grifoni c. Comunidad Europea de la Energía Atómica*, §§ 16 a 18, se consideró que la responsabilidad correspondía a la institución comunitaria y al damnificado a partes iguales. No obstante, poniendo de relieve la inconsistencia en el uso de este criterio, *vid.*, Craig, P.; De Burca, G. 2008. *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford, 4ª edición, p. 594.

En definitiva, si los tres requisitos de partida parecen claros –ilegalidad, daño y nexo causal–, la demostración de su concurrencia en el caso concreto puede resultar una labor extremadamente compleja, pudiendo hacerse pocas predicciones sobre la decisión judicial última. Tanto el requisito de la ilegalidad como el del nexo causal han sido definidos de forma sumamente vaga por la jurisprudencia comunitaria, recurriendo a conceptos tan indeterminados como el de la «violación suficientemente caracterizada» o el de la «relación de causalidad suficientemente directa». Vaguedad que constituye, en cualquier caso, el marco jurídico existente para procedimientos de responsabilidad institucional.

2.2. EL ELEVADO MARGEN DE APRECIACIÓN DE LA COMISIÓN EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA Y, EN PARTICULAR, EN EL EXAMEN DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Como ha quedado apuntado en la introducción, las decisiones de la Comisión Europea en materia de defensa de la competencia requieren valoraciones económicas complejas y, por lo tanto, suponen necesariamente el reconocimiento de un margen de apreciación elevado para la institución. Ello conlleva, a la luz de los requisitos apuntados en el apartado anterior, cierta dificultad para que eventuales reclamaciones de responsabilidad extracontractual en esta materia puedan prosperar. Resulta extremadamente complicado cumplir con el requisito de la «violación suficientemente caracterizada», lo que explica que hasta la fecha no haya existido jurisprudencia en la materia.

Sin embargo, algunos errores de calado constatados por el Tribunal General durante el año 2002¹⁵ hicieron surgir esperanzas de encontrar algún resquicio para exigir la responsabilidad extracontractual de la Comisión en esta materia. Dos han sido los casos más relevantes planteados ante los tribunales comunitarios como consecuencia de aquellos errores: *Schneider*, el caso que aquí se analiza, y *MyTravel*, en el que el Tribunal General acabó considerando que no había derecho a indemnización por inexistencia de violación suficientemente caracterizada.¹⁶ Casos que ya permiten extraer ciertas conclusiones respecto de las particularidades de la aplicación del régimen de la responsabilidad institucional en el ámbito de la prohibición incorrecta de operaciones de concentración.

Como cuestión de principio, los tribunales de la Unión han dejado claro que los requisitos tradicionales de la responsabilidad extracontractual son aplicables

15. Ese año ha llegado a calificarse de *annus horribilis* para la Dirección General de Competencia, debido a la anulación judicial en poco tiempo de las decisiones de la Comisión en relación con las concentraciones *Airtours/First Choice* (asunto IV/M.1524), *Tetra Laval/Sidel* (asunto COMP/M.2416) y *Schneider/Legrand* (asunto COMP/M.2283) por graves deficiencias en la evaluación económica de las operaciones. *Vid.* Holmes, S. «Blocking mergers unlawfully: Following the Schneider / Legrand decision, the Commission now risks liability in tort». 2008. *European Union Law Articles in English*, junio.

16. *MyTravel*, § 132.

también en este ámbito. Además, a pesar del amplio margen que necesariamente debe reconocerse a la Comisión, no cabe excluir que los errores manifiestos y graves en los que puedan incurrir sus evaluaciones económicas puedan constituir violaciones suficientemente caracterizadas.¹⁷

No obstante, el baremo de exigencia será especialmente elevado, debido a la complejidad de las valoraciones económicas que debe realizar la Comisión al analizar con carácter prospectivo la compatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado común.¹⁸ De acuerdo con el razonamiento del Tribunal General, «aceptar que fuera de otro modo amenazaría con menoscabar la capacidad de la Comisión para ejercer plenamente la función de regulador de la competencia que le confiere el Tratado CE debido al efecto inhibitorio sobre el control de las concentraciones que podría ocasionar el riesgo de tener que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las empresas interesadas».¹⁹

En conclusión, estamos, como era de suponer, en un ámbito en el que el margen de apreciación es elevado y en el que las reclamaciones por daños únicamente van a tener éxito cuando las ilegalidades o errores que cometa la Comisión, que perjudiquen los intereses de terceros, no resulten comprensibles atendiendo a la complejidad inherente a la actuación de dicha institución.

El resultado de esta interpretación es que, a pesar de los graves defectos que, como se ha dicho, constató el Tribunal General en 2002 y conllevaron la anulación de las correspondientes decisiones de incompatibilidad de la Comisión, en *MyTravel* se decidió que la ilegalidad cometida no satisfacía el criterio de la «violación suficientemente caracterizada» y en *Schneider*, aunque lo satisfacía, la relación de causalidad con el perjuicio invocado por el interesado no era «suficientemente directa». Se han confirmado, pues, las sospechas que hacían presagiar una interpretación particularmente restrictiva de los requisitos de la responsabilidad extracontractual en casos de prohibición ilegal de operaciones de concentración.

3. SCHNEIDER IV Y LA REINTERPRETACIÓN DEL REQUISITO DEL NEXO CAUSAL

3.1. ANTECEDENTES

En febrero de 2001, Schneider Electric, S.A. (en adelante, «Schneider») y Legrand, S.A. (en adelante, «Legrand») —empresas matrices, respectivamente, de dos importantes grupos industriales franceses activos en el sector de la distribución eléctrica y la distribución de aparatos eléctricos— notificaron a la Comisión un proyecto de

17. Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2007, en el asunto T-351/03 – *Schneider Electric SA c. Comisión*, Rec. II-02237 (en adelante, «Schneider III»), § 129.

18. *MyTravel*, § 40.

19. *MyTravel*, § 42.

concentración por el que Schneider pretendía adquirir la totalidad de Legrand mediante una oferta pública de canje. Para ejecutar la operación, las partes se acogieron a la excepción que permite llevar adelante las ofertas públicas de adquisición o canje, siempre que el comprador no ejerza los derechos de voto inherentes a su participación —o sólo los ejerza para salvaguardar el valor íntegro de su inversión— hasta haber recibido la autorización de la operación.²⁰

La Comisión consideró que la operación planteaba serias dudas de compatibilidad con el mercado común y el 30 de marzo de 2001 decidió abrir la segunda fase del procedimiento. Tras recibir información adicional, el 3 de agosto de 2001, la Comisión remitió a Schneider un pliego de cargos en el que señalaba que la operación daría lugar a la creación o refuerzo de una posición dominante en algunos mercados sectoriales nacionales.

Schneider propuso a la Comisión diversas medidas correctoras, sin que a juicio de esta institución fueran suficientes para resolver los problemas de competencia derivados de la operación. En consecuencia, el 10 de octubre de 2001 la Comisión adoptó la decisión por la que declaró la operación incompatible con el mercado común,²¹ por (i) crear una posición dominante en diversos mercados sectoriales de Italia, Dinamarca, España, Portugal, Francia, Reino Unido y Grecia, y (ii) reforzar una posición dominante en diversos mercados sectoriales franceses. Dado que las partes se habían acogido a la excepción que permitía la ejecución parcial de la operación, la Comisión inició pocos días después, el 24 de octubre de 2001, un segundo procedimiento para la separación de Schneider y Legrand. La decisión definitiva la adoptó la Comisión en fecha 30 de enero de 2002,²² ordenando a Schneider separarse de Legrand en un plazo de nueve meses —plazo que posteriormente se prorrogó hasta el 5 de febrero de 2003.

El 13 de diciembre de 2001, Schneider interpuso un recurso de anulación ante el Tribunal General contra la Decisión de incompatibilidad y, el 18 de marzo de 2002, otro contra la Decisión de separación. No obstante, para el caso de que sus pretensiones no fueran estimadas, el 26 de julio de 2002 Schneider celebró un contrato para la cesión de Legrand con el consorcio Wendel-KKR. El contrato debía ejecutarse antes del 5 de diciembre de 2002, salvo que Schneider decidiera resolverlo con anterioridad a cambio de una penalización de 180 millones de euros.

El Tribunal General anuló ambas decisiones de la Comisión en sendas sentencias estimatorias de las pretensiones de Schneider. Así, en la Sentencia *Sch-*

20. Artículo 7.2 del Reglamento (CE) n° 134/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, DOUE L24, de 29 de enero de 2004, p. 1 (anterior artículo 7.3 del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DOCE L 395, de 30 de diciembre de 1989, p. 1).

21. Decisión de la Comisión 2004/275/CE, asunto COMP/M.2283 – *Schneider/Legrand*, DOCE L 101 de 6 de abril de 2004, p. 1 (en adelante, «Decisión de incompatibilidad»).

22. Decisión de la Comisión 2004/276/CE, asunto COMP/M.2283 – *Schneider/Legrand*, DOCE L 101 de 6 de abril de 2004, p. 134 (en adelante, «Decisión de separación»).

*neider I*²³, el Tribunal General consideró fundamentalmente que la Comisión (i), de un lado, había errado en la evaluación de los efectos económicos de la operación en los mercados sectoriales nacionales —distintos de los mercados franceses— al sobreestimar el poder económico de la nueva entidad y subestimar el poder de los competidores, amplificando indebidamente los efectos negativos de la operación,²⁴ y (ii), de otro lado, había vulnerado el derecho de defensa de Schneider al no haber abordado con suficiente claridad y precisión, en el pliego de cargos de 3 de agosto de 2001, el problema de yuxtaposición que se producía en los mercados sectoriales franceses como consecuencia de la operación.²⁵ Por lo tanto, anuló la Decisión de incompatibilidad de la Comisión y ordenó a ésta que, de reabrir el caso, respetara las consideraciones de la sentencia.

La Sentencia *Schneider II*²⁶ fue un simple corolario de la anterior, pues se limitó a anular la Decisión de separación que necesariamente debía considerarse ilegal a la luz de *Schneider I*.

Fruto de estas dos sentencias, la Comisión inició un segundo procedimiento de examen de la operación y, el 13 de noviembre de 2002, notificó a Schneider un pliego de cargos en el que informaba de que la operación podía afectar negativamente a la competencia en los mercados sectoriales franceses. Nuevamente Schneider propuso medidas correctoras y nuevamente la Comisión las consideró insuficientes. Schneider consideró que, ante la postura intransigente de la Comisión, no tenía sentido continuar con las negociaciones y, el 10 de diciembre de 2002, ejecutó el contrato de cesión suscrito con Wendel-KKR. El 13 de diciembre de 2002 la Comisión puso fin al segundo procedimiento de examen por falta de objeto.

Casi un año después, el 10 de octubre de 2003, Schneider interpuso ante el Tribunal General un recurso contra la Comisión solicitando que ésta la indemnizara por los perjuicios sufridos como consecuencia de las ilegalidades del primer procedimiento de examen. Schneider reclamaba un total de 1.663 millones de euros, con los correspondientes intereses, derivados, muy resumidamente, de: (i) los costes del segundo procedimiento de examen y de los procedimientos judiciales; (ii) la depreciación del valor de los activos de Legrand; (iii) el lucro cesante debido a la imposibilidad de beneficiarse de las sinergias esperadas de la operación, y (iv) el impacto negativo de todo el procedimiento sobre su reputación.

En la Sentencia *Schneider III*,²⁷ el Tribunal General consideró que la vulneración de los derechos de defensa de Schneider durante el primer procedimiento de examen daba lugar a la responsabilidad extracontractual de la Comisión. No así

23. Sentencia del Tribunal General de 22 de octubre de 2002, en el asunto T-310/01 — *Schneider Electric SA c. Comisión*, Rec. II-04071 (en adelante, «Schneider I»).

24. *Schneider I*, §§ 234 y ss. y §§ 404 y ss.

25. *Schneider I*, §§ 437 y ss.

26. Sentencia del Tribunal General de 22 de octubre de 2002, en el asunto T-77/02 — *Schneider Electric SA c. Comisión*, Rec. II-04201 (en adelante, «Schneider II»).

27. *Supra*, nota 16.

los errores en la evaluación económica de la operación que no satisfacían el estricto rasero de la «violación suficientemente caracterizada», dado el amplio margen de apreciación de que dispone la Comisión para el examen de operaciones de concentración. Respecto a los daños indemnizables, el Tribunal General consideró que únicamente existía una relación de causalidad «suficientemente directa» con los gastos derivados de la reanudación del procedimiento de examen de la operación y con la reducción del precio de cesión que Schneider tuvo que conceder a Wendel-KKR para obtener un aplazamiento en la ejecución del contrato que permitiera esperar a la finalización de los procedimientos instados por Schneider ante los tribunales de la Unión. No obstante, el Tribunal consideró que Schneider había contribuido en parte a su propio perjuicio al ejecutar su oferta pública de canje asumiendo el riesgo de una decisión de incompatibilidad. En consecuencia, de la reducción del precio de cesión de Legrand sólo debía responder la Comisión en una proporción de dos tercios del perjuicio indemnizable. La cuantificación exacta de la indemnización se dejaba para un procedimiento posterior.

3.2. LA DECISIÓN FINAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: ¿ALGÚN MARGEN PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA COMISIÓN?

El recurso de casación de la Comisión contra la Sentencia *Schneider III* no se hizo esperar. La decisión del Tribunal General no había dejado indiferente a nadie. Los detractores de la sentencia, entre los cuales se encontraba, por descontado, la propia Comisión, consideraban que se estaba abriendo la puerta a un alud de reclamaciones por responsabilidad extracontractual que limitarían indebidamente el margen de maniobra que necesita la Comisión para evaluar las operaciones de concentración y colapsarían la actuación de los tribunales comunitarios.²⁸ Los partidarios de la sentencia, en cambio, entendían que el margen de apreciación de la Comisión no podía justificar la inmunidad de esta institución ante cualquier reclamación por graves que hubieran sido sus errores y en detrimento del derecho a la tutela judicial de las empresas. De hecho, algunos de estos autores lamentaban que el Tribunal General sólo hubiera reconocido el derecho a compensación por la vulneración del derecho de defensa de Schneider, pero no por el defectuoso análisis económico realizado por la Comisión.²⁹

28. Para una fundada opinión en contra de la responsabilidad extracontractual de la Comisión por prohibición ilegal de operaciones de concentración, *vid.*, Petit, N.; Rato, M. 2007. «The Commission's non-contractual liability in the field of merger control – Don't use a hammer when you need a screwdriver», *eSapience Center for Competition Policy*, junio.

29. Dawes, A.; Peci, K. 2008. «Sorry, but there's nothing we can do to help: Schneider II and the extracontractual liability of the European Commission in merger cases», *European Competition Law Review*, nº 3, p. 151-61.

El delicado balance había sido ya expresado por el Tribunal General al enfrentarse a la cuestión que se le planteaba en *Schneider III*. Así, después de repasar los requisitos tradicionales de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, había concluido:

Esta definición del umbral de generación de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad permite proteger el margen de maniobra y la libertad de apreciación de que debe gozar, en aras del interés general, el regulador comunitario de la competencia, tanto en sus decisiones discrecionales como en su interpretación y su aplicación de las disposiciones pertinentes del Derecho comunitario primario y derivado, sin que recaigan sobre terceros, no obstante, las consecuencias de incumplimientos flagrantes e inexcusables.³⁰

También el abogado general, en sus conclusiones, había dicho:

Más que la abultada cuantía reclamada, cerca de 1.700 millones de euros, reviste importancia en este asunto la eventual incidencia del pronunciamiento de este Tribunal de Justicia en la política económica del órgano comunitario encargado del cuidado de la competencia en Europa.³¹

En efecto, con el recurso de casación de la Comisión, el Tribunal de Justicia se enfrentaba de nuevo al espinoso dilema. Veamos si consiguió mantener el equilibrio.

3.2.1. *La violación suficientemente caracterizada*

En casación, la cuestión del defectuoso análisis económico efectuado por la Comisión en relación con el impacto de la operación en diversos mercados sectoriales nacionales fuera de Francia ni siquiera se planteó. El Tribunal General había dicho que en la medida en que los errores de la Comisión no invalidaban las conclusiones de ésta con respecto a los mercados franceses en los que sí se suscitaban serias dudas de compatibilidad, la única ilegalidad que podría haber privado a Schneider de una decisión favorable era la incorrecta formulación del pliego de cargos.³² No se impugnó esta decisión.

Por lo tanto, el Tribunal de Justicia únicamente debía valorar la corrección del pronunciamiento del Tribunal General al estimar que la vulneración del derecho

30. *Schneider III*, § 125.

31. Conclusiones del abogado general, Sr. Dámaso Ruíz Jarabo Colomer, presentadas el 3 de febrero de 2009, en el asunto C-440/07 – *Comisión c. Schneider Electric, SA*, aún no publicadas en la Recopilación, § 2.

32. *Schneider III*, § 129 a 139.

de defensa de Schneider constituía una violación suficientemente caracterizada de una norma cuyo objeto era conferir derechos a los particulares.

En este punto, el Tribunal de Justicia estuvo de acuerdo con el Tribunal General. La norma violada era el artículo 18.3 del antiguo reglamento de concentraciones³³ que establecía con meridiana claridad lo siguiente:

3. La Comisión basará sus decisiones únicamente en las objeciones sobre las que los interesados hayan podido formular sus alegaciones. En el curso del procedimiento quedarán plenamente garantizados los derechos de la defensa de los interesados. El acceso al expediente será posible al menos para las partes directamente interesadas, siempre y cuando se respete el interés legítimo de las empresas de que no se divulguen sus secretos de negocios.

Era evidente que la norma confería derechos a los particulares y era evidente que si en el pliego de cargos —o en un momento posterior— no se formuló de forma suficientemente clara y precisa la imputación de yuxtaposición sobre la que después se basó en gran parte la decisión de la Comisión, la norma debía entenderse violada.

Ahora bien, ¿se trataba de una violación suficientemente caracterizada en el sentido tradicional de la jurisprudencia comunitaria? Esto es, ¿había incurrido la Comisión en inobservancia manifiesta y grave de los límites impuestos a su facultad de apreciación, tal y como se venía exigiendo desde *Bergaderm*? El Tribunal de Justicia entendió que sí e inadmitió, en consonancia con el Tribunal General, las argumentaciones de la Comisión indicando que la complejidad de las valoraciones económicas en temas de competencia y la celeridad de los procedimientos debían relativizar la gravedad de este tipo de errores. En palabras del Tribunal, en la sentencia recurrida se había llevado a cabo correctamente «una distinción entre un análisis completo del fondo de un problema de competencia y la formulación de dicho problema, de lo que deduce que la mera formulación no implica ninguna dificultad especial».³⁴

Por lo tanto, quedaba satisfecho el primer requisito. La Comisión había incurrido en una violación suficientemente caracterizada de una norma que confiere derechos a los particulares, traspasando de forma manifiesta y grave los límites impuestos a su facultad de apreciación.

33. Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DOCE L 395, de 30 de diciembre de 1989, p. 1.

34. *Schneider IV*, § 182, citando *Schneider III*, § 155.

3.2.2. *La realidad del perjuicio invocado*

El segundo requisito, el de la existencia de un daño cierto, específico y susceptible de valoración económica sufrido por Schneider, no mereció la atención del Tribunal. De la lectura de la sentencia parece desprenderse, implícitamente, que nadie dudaba de la realidad del perjuicio.

Al respecto, cabe sin embargo hacer un breve apunte, puesto que la Comisión sí puso en entredicho la concurrencia del segundo requisito. Según se desprende de las conclusiones del abogado general, la Comisión consideraba que la Sentencia *Schneider III* reconocía un derecho a indemnización por un perjuicio que no había sido reclamado. Schneider había solicitado, entre otros, indemnización por la pérdida de valor de los activos de Legrand y, no obstante, el Tribunal General había reconocido indemnización por la disminución del precio de cesión de esta sociedad.

El abogado general concluye que la disminución del precio de cesión constituye una parte de la pérdida financiera invocada por Schneider y que «dirimir un pleito resolviendo infra petita no contraviene ninguna norma procesal».³⁵ Como se ha dicho, el Tribunal de Justicia ni siquiera entró a dilucidar esta cuestión.

3.2.3. *El nexos causal: ¿un nuevo estándar de exigencia?*

El mayor interés de la Sentencia *Schneider IV* se encuentra en el análisis de la concurrencia del tercero de los requisitos de la responsabilidad extracontractual: el nexo de causalidad entre la ilegalidad cometida y el daño invocado. Es aquí, precisamente, donde el Tribunal de Justicia disiente de la opinión del Tribunal General y donde radica la importancia fundamental de esta sentencia para futuras reclamaciones de responsabilidad extracontractual.

El Tribunal analizó en este punto la relación de causalidad existente entre las ilegalidades cometidas por la Comisión —únicamente, recuérdese, las relativas a la vulneración del derecho de defensa de Schneider— y los daños sobre los que el Tribunal General había reconocido un derecho a indemnización, esto es, los costes del segundo procedimiento de examen y la reducción del precio de cesión de Legrand. En cuanto a los gastos de reanudación del procedimiento, no había dudas. El Tribunal de Justicia convino con el Tribunal General que se trataba de daños indemnizables directamente vinculados con las ilegalidades cometidas por la Comisión.

La discrepancia estribaba en el carácter indemnizable o no de la reducción del precio de cesión de Legrand. A este respecto, el abogado general ya había dicho en sus conclusiones de 3 de febrero de 2009 que, a su juicio y en contra de lo decidido por el Tribunal General, «el vínculo desencadenante de la responsabilidad extracon-

35. Conclusiones *Schneider IV*, § 118.

tractual carece en este caso de las notas características de la adecuación, es decir, que el daño no deriva del acto ilegal de manera directa, inmediata y exclusiva, en una relación de causa a efecto». ³⁶ El abogado general consideró que la reducción del precio de cesión de Legrand no provenía de la ilegalidad cometida por la Comisión sino de la libre voluntad negociadora de Schneider al fijar las cláusulas del contrato de cesión.

El Tribunal de Justicia, en términos menos claros que los del abogado general —el Tribunal no habla en ningún momento de causa «directa, inmediata y exclusiva»— pero siguiendo su razonamiento, entendió igualmente que no existía una relación de causalidad suficientemente directa entre la ilegalidad y el perjuicio. Si bien, según reconoció el Tribunal, el 26 de julio de 2002 —fecha de suscripción del contrato de cesión con el consorcio Wendel-KKR— aún no se habían dictado las Sentencias *Schneider I* y *Schneider II* y, por lo tanto, estaba vigente la obligación de separación, en diciembre de 2002, cuando se ejecutó el contrato de cesión, Schneider no estaba obligada a ello, pudiendo hacer uso de la facultad de resolución que ella misma había previsto en el contrato. Si no lo hizo fue, a juicio del Tribunal, por temor a una decisión de incompatibilidad, puesto que de lo contrario lo lógico hubiera sido seguir con el procedimiento de examen de la operación hasta el final. Ciertamente, ello hubiera conllevado una penalización de 180 millones de euros, pero tal riesgo únicamente se derivaba de las cláusulas del contrato de cesión libremente negociadas por Schneider.

Siguiendo esta lógica, el Tribunal razonó que de haber soportado la penalización y continuado con el procedimiento de examen cabían dos posibilidades: (i) una decisión de compatibilidad, que hubiera acabado con la obligación de ceder Legrand y, por lo tanto, con la reducción de su precio de venta, o (ii) una decisión de incompatibilidad que hubiera obligado a la separación, pero siendo ello un riesgo inherente a la ejecución de una concentración antes de la decisión de la Comisión.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia estimó que el Tribunal General erró en su calificación jurídica de los hechos puesto que «no existe una relación de causalidad directa entre la reducción del precio controvertida y la ilegalidad que vicia la Decisión negativa de la Comisión. En efecto, la causa directa del daño alegado es la decisión de Schneider de permitir que la cesión de Legrand surtiese plenos efectos en fecha 10 de diciembre de 2002, a lo cual no estaba obligada». ³⁷ No existía, por lo tanto, derecho a indemnización por la reducción del precio de cesión, debiendo casarse la Sentencia *Schneider III* en este punto.

36. *Conclusiones Schneider IV*, § 140.

37. *Schneider IV*, §§ 221 y 222.

3.3. COMENTARIO A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Schneider IV constituye ya el primer precedente con el que contamos para fijar los límites de la responsabilidad extracontractual de la Comisión en casos de prohibición incorrecta de operaciones de concentración. Deben reconocerse a los tribunales de la Unión varios méritos en el análisis de un caso, nada fácil, en el que debían equilibrar dos necesidades contrapuestas: la indemnización del perjudicado y la salvaguardia del margen de apreciación que requiere el regulador comunitario de la competencia. No obstante, el resultado final ha consistido en primar claramente la segunda de esas dos necesidades, en detrimento evidente de los legítimos intereses del damnificado.

Tribunal General y Tribunal de Justicia han estado de acuerdo en considerar que, como cuestión de principio, los principios generales aplicables a la responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión son también aplicables al defectuoso análisis de operaciones de concentración. Ambos tribunales han dejado claro, además, que el margen de apreciación de la Comisión, aunque amplio, no es ilimitado y, por lo tanto, no justifica cualquier error; en particular, los errores de procedimiento que lesionen los derechos de defensa de los interesados. Decir que era necesario distinguir «entre un análisis completo del fondo de un problema de competencia y la formulación de dicho problema», para luego concluir que «la mera formulación no implica ninguna dificultad especial» no era necesariamente evidente y hemos de reconocer el avance que ello supone al recordar a la Comisión que debe prestar particular atención a la protección de los derechos fundamentales de las empresas.³⁸

En cuanto a si se debía haber reconocido la existencia de «violación suficientemente caracterizada de una norma que confiere derechos a los particulares», no sólo por los errores procedimentales, sino también por la evaluación económica defectuosa de los efectos de la operación en el mercado común, a nuestro juicio, acertó el Tribunal General –el Tribunal de Justicia, como se ha dicho, no entró en esta cuestión– al considerar que no. Ciertamente, habían existido errores en la valoración del impacto de la operación en los mercados sectoriales fuera de Francia, pero la concentración continuaba planteando serios problemas de competencia en diversos mercados sectoriales franceses y, por lo tanto, los errores de la Comisión –aunque graves– no habían privado a *Schneider* de una decisión favorable. Ello no quiere decir, por descontado, que cualquier error en las valoraciones económicas de la Comisión, por grave que sea, haya de quedar fuera del actual artículo 340.2 TFUE, pero no creemos que sea esa la conclusión que se debe extraer del caso.

38. La importancia de respetar las normas procesales y los derechos de defensa de los interesados en el ámbito de la aplicación de las normas de competencia, así como las posibles consecuencias de su violación en sede de responsabilidad extracontractual, también se infieren de *Adams* (*supra*, nota 4), caso en el que la Comisión había violado su obligación de confidencialidad al no preservar adecuadamente la identidad del denunciante.

Sin embargo, el análisis del Tribunal de Justicia sobre la relación de causalidad y, sobre todo, la conclusión alcanzada al respecto, nos parecen menos meritorios. Se favorece inmerecidamente a la Comisión, en detrimento de los legítimos intereses de Schneider, sin que el razonamiento del Tribunal de Justicia resulte convincente.

En primer lugar, parece que el Tribunal está modificando, sin decirlo, el tercer requisito de la responsabilidad extracontractual, pasando del criterio tradicional de la relación «suficientemente directa» a uno más estricto en el que sólo se admite una única causa del daño. En efecto, el Tribunal acoge prácticamente en su integridad las conclusiones de su abogado general, sin utilizar, sin embargo, los términos clarísimos que había utilizado éste, al desechar toda teoría de causación múltiple y exigir que la ilegalidad cometida por la Comisión fuera la causa «directa, inmediata y exclusiva» del daño. Con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los futuros solicitantes de indemnización, hubiera sido deseable que si el Tribunal de Justicia pretendía limitar de tal forma el carácter «suficientemente directo» de la causa generadora del daño, al menos lo hubiera dejado claro.

En segundo lugar, resulta paradójico que, siendo consciente el Tribunal de la necesidad de casar dos intereses contrapuestos, éste no haya utilizado los recursos con los que contaba, a la luz de su propia jurisprudencia, para encontrar una solución algo más equitativa. El Tribunal toma su decisión sin entrar a considerar conceptos utilizados en su jurisprudencia anterior, tales como (i) la *conditio sine qua non*; (ii) el deber del empresario de mitigar el perjuicio, o (iii) la negligencia concurrente. Conceptos, todos ellos, que le hubieran permitido obligar a la Comisión a reparar —como mínimo, en parte— el perjuicio ocasionado, sin abrir la veda a un número ingente de reclamaciones infundadas de indemnización.

Respecto a la *conditio sine qua non*, resulta difícilmente argumentable que, en ausencia de la ilegalidad de la Comisión, Schneider hubiera sufrido idénticos perjuicios. Y no sólo nos referimos a reconocer el derecho a recuperar los gastos de un doble procedimiento —lo que al Tribunal de Justicia ya le parece suficiente—, sino también a la reducción del precio de cesión de Legrand. Conviene recordar, en este sentido, que, cuando Schneider celebró el contrato de cesión con el consorcio Wendel-KKR, aún no habían recaído las Sentencias *Schneider I* y *Schneider II* y, por lo tanto, la Decisión de separación de la Comisión era plenamente ejecutiva. Schneider acordó la cesión porque en ese momento estaba obligada a ello y lo estaba, precisamente, como consecuencia de la decisión de la Comisión³⁹.

En cuanto al deber del empresario de mostrar una diligencia razonable en la mitigación del perjuicio, el hecho mismo de contratar la cesión pactando la posibilidad de resolución fue una muestra de prudencia empresarial. Schneider conti-

39. Tal como observó el abogado general, en el párrafo 127 de sus conclusiones:

«Además, sin abandonar la fusión antes de que terminara la batalla judicial entablada en el Tribunal de Primera Instancia y mientras avanzaban rápidamente sus conversaciones con el futuro comprador, Schneider se sentía atrapada entre el cumplimiento de sus obligaciones legales y las expectativas jurisdiccionales aludidas. Sería inícuo recriminarle su celeridad en amoldarse a la Decisión de separación, cuando la propia Comisión requería un final inmediato de la concentración económica».

nuaba interesada en la concentración, pero, para el caso de que sus pretensiones de anulación no fuesen reconocidas, celebró el contrato de cesión, difiriendo sus efectos hasta diciembre de 2002. Lo hizo además en un momento en el que, precisamente por la incertidumbre respecto a la decisión definitiva del Tribunal General, podía obtener un mayor precio que si acababa recayendo una sentencia desestimatoria, pero probablemente uno menor del que hubiera conseguido tras la estimación de sus pretensiones.

En relación con la negligencia concurrente de Schneider, nadie duda de que Schneider contribuyera en parte a su propio perjuicio: primero, al ejecutar la oferta pública de canje antes de contar con la autorización comunitaria de la operación y, luego, al pactar una penalización con Wendel-KKR para el caso de no ejecutar el contrato de cesión. Pero el Tribunal de Justicia no analizó la cuestión como un supuesto de concurrencia de culpas, sino como uno de ruptura del nexo causal. Conclusión, a nuestro juicio, altamente criticable desde varios puntos de vista. Por un lado, la ejecución de una oferta pública de canje antes de contar con la debida autorización de la operación (i) es una posibilidad prevista en el reglamento comunitario de concentraciones, y (ii) aunque conlleva ciertamente la asunción del riesgo de prohibición de la operación, no debería suponer también la asunción del riesgo derivado de procedimientos defectuosos y con dilaciones. Por otro lado, la penalización pactada por la eventual resolución del contrato de cesión tiene, como se ha dicho en el párrafo anterior, la doble vertiente de contribución al daño y diligencia debida. Podríamos discutir sobre la razonabilidad de la cantidad de la penalización –180 millones de euros–, pero ello no debería hacernos olvidar que Schneider venía obligada a la cesión por la Decisión de separación y que, en el momento de celebrar el contrato, resultaba legítimo e incluso razonable que Schneider quisiera continuar con la concentración.

En tercer y último lugar, después de haber repasado las posibilidades con las que contaba el Tribunal y que decidió no utilizar, merece la pena analizar los estrictos términos de su razonamiento. En los escasos veinte párrafos dedicados en *Schneider IV* a la relación de causalidad, el Tribunal se fija esencialmente en las decisiones empresariales de Schneider después de haberse dictado las Sentencias *Schneider I* y *Schneider II*, para concluir que lo lógico hubiera sido continuar con la concentración hasta sus últimas consecuencias y que, si no se hizo así, fue simplemente por el temor a una decisión de incompatibilidad.⁴⁰ De haber continuado con la operación, Schneider hubiera soportado la penalización pactada con Wendel-KKR –según el Tribunal, como consecuencia únicamente de su libre voluntad negociadora– y en caso de decisión de compatibilidad no hubiera soportado ninguna reducción en el precio de cesión de Legrand, mientras que en caso de decisión de incompatibilidad únicamente hubiera tenido que asumir el riesgo inherente a su decisión de ejecutar la cesión antes de contar con la autorización de la Comisión.

40. *Schneider IV*, § 204.

Este razonamiento del Tribunal adolece, a nuestro juicio, de serias deficiencias. El Tribunal olvida que lo que se discutía era la reducción del precio de cesión como consecuencia de la primera Decisión de incompatibilidad. Schneider, digámoslo una vez más, celebró la cesión cuando estaba obligada a ello, obteniendo un precio menor del que hubiera podido conseguir en otras condiciones, como consecuencia de una decisión de la Comisión que luego se anuló y consideró ilegal. Lo que ocurriera en el segundo procedimiento de examen de la operación y las probabilidades —o conjeturas— de que la operación fuera igualmente considerada incompatible con el mercado común, no desvirtúan el daño ocasionado a Schneider como consecuencia de la primera decisión. Dicho de otro modo, ¿qué hubiera ocurrido si Schneider, en lugar de pactar un aplazamiento para la ejecución de la cesión, hubiera ejecutado la cesión antes de las Sentencias *Schneider I* y *Schneider II*? o ¿qué hubiera ocurrido en caso de soportar la penalización pactada con *Wendel-KKR*? ¿Se le hubiera reconocido un derecho a indemnización por el menor precio o por el importe de la penalización, pactados ambos en ejecución de una decisión vigente de la Comisión? A juzgar por los criterios del Tribunal, probablemente no. Nuevamente se podría haber atribuido cualquiera de las dos decisiones a la libre voluntad empresarial. No parece que sea una solución razonable. En procedimientos que duran años como consecuencia de graves errores institucionales, pedir que las empresas se limiten a esperar y únicamente tomen las decisiones que más faciliten la vida de la institución en cuestión va mucho más allá de lo que cabe exigir a cualquier empresario como parte de su obligación de mostrar una «diligencia razonable para mitigar el perjuicio».

En definitiva, en *Schneider IV* el Tribunal de Justicia se ha pronunciado por primera vez sobre el alcance y los límites de la responsabilidad extracontractual de la Comisión en casos de prohibición ilegal de operaciones de concentración. Lo ha hecho, afortunadamente, recordándole a la Comisión la importancia de salvaguardar los derechos fundamentales de los interesados en los procedimientos de concentración y, con ello, los límites del amplio margen de apreciación del que goza la institución comunitaria en este ámbito. Sin embargo, más allá de estas declaraciones de principios, el Tribunal ha decidido que, para tener derecho a indemnización, la ilegalidad debe ser la causa «directa, inmediata y exclusiva» del daño, endureciendo así notablemente el tradicional requisito de la causalidad «suficientemente directa». El resultado es, obviamente, una advertencia a las empresas —que lo van a tener difícil para demostrar el nexo causal si sólo se admite una única causa del daño— y un alivio para la Comisión, pero también un descrédito para los tribunales de la Unión, que desnaturalizan así un derecho reconocido en el Tratado.

4. CONCLUSIONES

Bergaderm supuso un punto de inflexión en la jurisprudencia relativa a la responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión y es posible que *Schnei-*

der IV, dictada en julio de 2009, suponga otro, al menos en el ámbito de actuación de la Comisión relativo a la autorización o prohibición de operaciones de concentración. En *Bergaderm* se dejó claro que el criterio decisivo para satisfacer el criterio de la «violación suficientemente caracterizada de una norma que tiene por objeto conferir derechos a los particulares» radica en el margen de apreciación del que gozan las instituciones comunitarias en cada actuación. Ahora, en *Schneider IV*, se ha dicho —no tan claro— que, para tener derecho a indemnización por los daños derivados de la prohibición ilegal de una concentración, la ilegalidad de la Comisión tiene que ser la única causa del daño. Cualquier factor externo y, en particular, toda decisión empresarial, que intervenga en la causación del perjuicio, podrán ser utilizados por el Tribunal para apreciar la ruptura del nexo causal.

El Tribunal de Justicia se ha decantado así por asegurar un amplio margen de apreciación —y de error— a la Comisión, evitándole el riesgo de tener que enfrentarse a cuantiosas reclamaciones de responsabilidad extracontractual. El objetivo es sin duda legítimo y, ciertamente, debe reconocerse que los análisis prospectivos de la Comisión en temas de competencia son altamente complejos y se pueden cometer errores. Si cada error de la Comisión en este ámbito pudiera suponer reclamaciones de miles de millones de euros, las facultades del regulador de la Unión en materia de competencia se verían efectivamente mermadas.

Ahora bien, ¿era necesario, para salvaguardar ese margen de maniobra, tomar la decisión que se ha tomado en *Schneider IV*? A nuestro juicio, no. En primer lugar, porque la interpretación tradicionalmente restrictiva de la «violación suficientemente caracterizada» ya hace de por sí muy complicado superar los raseros de la responsabilidad extracontractual en este ámbito. Los errores en las valoraciones económicas casi siempre van a quedar fuera de este tipo de reclamaciones en la medida en que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, entrarán dentro de la normalidad. En segundo lugar, porque la violación de que se trataba afectaba a los derechos de defensa de la empresa y, por lo tanto, «el otro» interés en juego era especialmente digno de protección. Y, en tercer lugar, porque, según hemos intentado mostrar en este artículo, el Tribunal de Justicia disponía de recursos que le hubieran permitido tomar una decisión algo más equitativa, calibrando cuidadosamente los intereses en juego. En este sentido, aunque la decisión del Tribunal General de indemnizar los dos tercios del perjuicio pueda parecer aleatoria (deliberadamente, hemos omitido entrar aquí en el pantanoso terreno de si lo procedente era indemnizar los dos tercios, la mitad o cualquier otra cantidad), respondía mejor a la concurrencia de culpas que parecía obvia en este caso.

En definitiva, aunque creemos que resulta forzoso convenir con Tridimas que, en última instancia, quien paga la indemnización es el contribuyente comunitario y, por lo tanto, únicamente debería reconocerse la indemnización cuando el interés en compensar al perjudicado supere el interés de proteger al contribuyente,⁴¹ no

41. Tridimas, T. 2006. *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2ª edición, p. 480.

consideramos que en este caso se haya hecho el balance adecuado. Exigir a las empresas que no tomen ninguna decisión que pueda contribuir, siquiera remotamente, a la causación del perjuicio, no ya para no ver disminuida su indemnización, sino para no excluirla de plano, convierte al artículo 340.2 TFUE en papel mojado.

SEGUNDA PARTE

DIRECCIONES DE INTERUNTE

SEGUNDA PARTE
DIRECCIONES DE INTERNET

I. UNIÓN EUROPEA

Ministerio Español de Turismo
<http://www.turismo.es>

Ministerio Europeo de Comercio
<http://www.commerce.ec.europa.eu>

Ministerio Español de Hacienda
<http://www.hacienda.es>

Ministerio Español de Agricultura
<http://www.agricultura.es>

Ministerio Europeo de Asuntos Económicos y Organización de Mercado
<http://www.eco.ec.europa.eu>

Ministerio Español de Comercio Exterior
<http://www.comercio.es>

Comisión Europea de los Derechos de Consumidores
<http://www.consumers.ec.europa.eu>

Ministerio Español de Justicia
<http://www.justicia.es>

Ministerio Español de Trabajo
<http://www.trabajo.es>

Ministerio Español de Sanidad
<http://www.sanidad.es>

Ministerio Español de Educación
<http://www.educacion.es>

1. UNIÓN EUROPEA

Alemania: Bundeskartellamt

<http://www.bundeskartellamt.de/>

Alemania: Monopolkommission

<http://www.monopolkommission.de/>

Austria: Bundeskartellanwalt

<http://www.bmj.gv.at/justiz/content.php?nav=63>

Austria: Bundeswettbewerbsbehörde

<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

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

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.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_Agrupador_FP&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

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/

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

Polonia: Office for Competition and Consumer Protection

<http://www.uokik.gov.pl/en/>

Portugal: Autoridade da Concorrência

www.autoridadedaconcorrencia.pt

Reino Unido: Competition Commission

<http://www.competition-commission.org.uk/>

Reino Unido: Office of Fair Trading

<http://www.offt.gov.uk/>

República Checa: Office for the Protection of Competition

<http://www.compert.cz/en/>

Rumanía: Competition Council

<http://www.competition.ro/en/index1.asp?lang=en>

Suecia: Swedish Competition Authority

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

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.jftc.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>

New Zealand: 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.comptrib.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

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: Area de Libre Comercio de las Américas: Grupo de Negociación sobre Política de Competencia

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

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

UE: Unión Europea. Dirección General de Competencia de la Comisión Europea
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

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://csqb.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>



fundación



ISBN 978-84-490-2665-2



788449 026652